



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DAS DIRETIVAS
ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE
SAÚDE E A DOGMÁTICA JURÍDICA PARA A VALIDADE E EFICÁCIA
DAS DISPOSIÇÕES**

Rosana Broglio Garbin

Orientador: Professor Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero

*Tese especialmente elaborado para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na
especialidade de Ciências Jurídico-Políticas*

2018



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DAS DIRETIVAS
ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE E
A DOGMÁTICA JURÍDICA PARA A VALIDADE E EFICÁCIA DAS
DISPOSIÇÕES

Rosana Broglio Garbin

Orientador: Professor Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero

*Tese especialmente elaborado para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na
especialidade de Ciências Jurídico-Políticas*

Juri:

Presidente: Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Vogais:

- Doutora Maria Luísa Alves da Silva Neto Teixeira Botelho, Professora Associada Faculdade de Direito da Universidade do Porto;
- Doutora Helena Pereira de Melo, Professora Associada Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa;
- Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientador;
- Doutor Fernando José Borges Correia de Araújo, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutora Maria João do Rosário Estorninho Pereira da Silva, Professora Catedrática Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutor José Alexandre Guimarães Sousa Pinheiro, Professor Auxiliar Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutor João Miguel Range Prata Roque, Professor Auxiliar Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2018

AGRADECIMENTOS

O caminho até a apresentação desta tese contou com muitos apoios, aos quais deixo registrado o meu agradecimento:

- À Escola Nacional de Magistratura (ENM) que, por meio de convênio firmado, possibilita a participação de magistrados brasileiros em cursos no exterior, incentivando o intercâmbio de ideias e experiências;

- Ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que avalizou e permitiu a participação no curso;

- Ao Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (LAPEBEC – HCPA) pela receptividade e permissão para compartilhar das suas discussões;

- À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) que realizou o curso de doutoramento pela excelência de seus mestres;

- Aos funcionários da Faculdade que recepcionaram, atenderam as demandas e orientaram para a correta elaboração deste trabalho final;

- Ao corpo docente pela atenção e ensinamentos durante o ano acadêmico;

- Ao meu orientador pela comunicação atenciosa, profissionalismo e pelos provocantes e incessantes questionamentos que contribuíram para uma maior pesquisa;

- Aos meus colegas de doutoramento pelos momentos de entusiasmo compartilhados e pelo convívio no curso acadêmico;

- Aos amigos que estiveram dispostos a ouvir os relatos de leituras e pensamentos e que com a troca de ideias permitiram aperfeiçoar a montagem de uma tese sobre tema tão denso e real;

- Aos meus familiares pela compreensão de meu envolvimento nesse trabalho, pelo incentivo e encorajamento durante todo este período.

RESUMO

As diretivas antecipadas permitem antecipar o exercício da autonomia pessoal, mediante projeção da vontade, relativa aos cuidados de saúde e fim de vida, para situações nas quais a pessoa não poderá exercê-la diretamente. A previsão desses instrumentos nos Estados democráticos e plurais é garantia dos direitos fundamentais à vida digna e à liberdade. Em uma leitura conjunta desses direitos, verifica-se que a vida que se protege é aquela que confere liberdade para o desenvolvimento da personalidade e o exercício da autonomia pessoal, sempre na promoção da dignidade, que encontra em cada ser humano a sua medida própria. A morte como um elemento da vida conduz a defesa de um direito a um fim de vida digno, como digna deve ser toda a existência da pessoa. As diretivas surgiram em decorrência de prolongamentos artificiais da vida, muitas vezes de forma irracional e degradante para a pessoa. A impossibilidade de comunicação e a inexistência de manifestação prévia acabam por impor a manutenção artificial da vida. Debates sobre eutanásia e suicídio assistido não tem vínculo direto com as diretivas antecipadas, embora também digam respeito a questões de fim de vida. As diretivas são um espaço para as determinações sobre cuidados de saúde dentro dos consensos éticos alcançados pelas sociedades nas quais forem aceitas. O objeto e conteúdo, pois, deverão estar de acordo com a legislação do local onde forem emitidas. A pesquisa investiga o caminho de criação e desenvolvimento desses instrumentos em vários países. Centra-se na Lei portuguesa nº 25/2012, que tem como objeto específico as diretivas antecipadas e, assim, é a mais detalhada. Analisa-se também sua utilização no Brasil, país no qual são disciplinadas apenas pelo Conselho Federal de Medicina. Como instrumento de promoção pessoal, que surge na esteira das alterações da relação médico/paciente e da teoria do consentimento informado, já inserida nos debates bioéticos, é necessário conferir a esses atos que já existem no mundo dos fatos o aval jurídico que lhes permita produzir os efeitos pretendidos. Essa tese dirige-se para o reconhecimento dos fundamentos constitucionais das diretivas e sua adaptação às categorias do direito.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas. Fim de vida. Direitos fundamentais. Autonomia pessoal. Validade e eficácia das DA's.

ABSTRACT

Advance directives allow the previous exercise of person autonomy, through expression of a will, concerning health care and end of life, to situations in which the person cannot exercise it directly. The prevision of these instruments in a democratic and pluralistic state guarantees fundamental rights to liberty and a decent life. In a joint reading of these rights, it turns out that a life which is protected is one that gives freedom to the development of personality and the exercise of personal autonomy, always promoting the dignity that is found in each human being in its own measure. Death as an element of life leads to the defence of the right to a dignified death, as dignified as the person's whole existence should be. Directives arose as a result of the artificial prolongation of life, which is often irrational and degrading. The impossibility of communication and lack of prior approval end up imposing this artificial maintenance. Debates about euthanasia and assisted suicide have no direct link with advance directives, although they also concern end of life issues. These instruments are a space for stipulations on health care within the ethical consensus reached by the societies in which they are accepted. The subject and content of directives, therefore, must be in accordance with the law of the place where they are issued. This research investigates the path of creation and development of these instruments in several countries. It focuses on the Portuguese Law, No. 25/2012, which has the specific purpose of advance directives and thus is the most detailed. It also analyses its use in Brazil, a country where such acts are disciplined only by the Federal Council of Medicine. These instruments are a tool of personal promotion, coming in the wake of changes in the doctor/patient relationship and the theory of informed consent, as inserted in bioethical debates, it is necessary to give such directives, which already exist in the world of facts the legal backing that allows them to produce their intended effect. This thesis is directed to the recognition of the constitutional foundations of directives and their adaptation to the categories of law.

Keywords: Advance Directives. End of Life. Fundamental Rights. Personal Autonomy. Validity and Effectiveness of ADs.

LISTA DE ABREVIATURAS

AMA	American Medical Association
AMM	Associação Médica Mundial
ANCP	Academia Nacional de Cuidados Paliativos
BD	Brain Death
CC	Código Civil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CHU	Center Hospitalier Universitaire
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CONEP	Comissão Nacional de Ética em Pesquisa
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
D.O.U.	Diário Oficial da União (Brasil)
DA	Diretiva Antecipada
DA's	Diretivas Antecipadas
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
DH-BIO	Committee on Bioethics
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
DWD	Death with Dignity
EUA	Estados Unidos da América
EVP	Estado Vegetativo Permanente
FAQ	Frequently Asked Questions
GDDC	Gabinete de Documentação e Direito Comparado
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDC	Índice de Desenvolvimento Humano
LET	La Limitación de Esfuerzos Terapéuticos
LT	Limitação de Tratamento
LTE	Limitação do Esforço Terapêutico
NCP	Núcleo de Cuidados Paliativos
NSV	Não Oferta de Suporte Vital
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONG	Organização não-governamental

ONR	Ordem de não Reanimar
PAS	Physician-Assisted Suicide
PCR	Parada Cardiorrespiratória
PCS	Procurador de Cuidados de Saúde
PDS	Plataforma Dados Saúde
PSDA	The Patient Self-Determination Act
PUCRS	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
RCP	Ressuscitação Cárdiopulmonar
RENTEV	Registro Nacional do Testamento Vital
SAEPB	Sociedade de Anestesiologia do Estado da Paraíba
SIDA	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
SPMSepe	Serviços Partilhados do Ministério da Saúde
SV	Suporte Vital
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TV	Testamento Vital
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UNESCO	Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura
USA	United States of America
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
UTI –VM	Ventilação Mecânica
VAE	Voluntary Active Euthanasia
VM	Ventilación Mecánica
VSO	Regulamento do Ensino Obrigatório
WHO	World Health Organization
WHOQOL-100	World Health Organization Quality of Life - 100
WHOQOL-BREF	World Health Organization Quality of Life - Bref
WHOQOL-OLD	World Health Organization Quality of Life - Old
WMA	World Medical Association

OBSERVAÇÕES

Esta tese dirige-se à análise dos fundamentos constitucionais das diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde e ao estabelecimento de uma dogmática jurídica que assegure a validade e confira eficácia a essas declarações.

A metodologia de pesquisa adotada na tese foi de revisão bibliográfica de cunho internacional, sem pretensões de estudo de direito comparado, mas apenas para, na análise dos diversos tratamentos do tema, buscar subsídios para elaboração da dogmática jurídica que se pretende. A intenção é ser o mais geral possível, de forma que possa ser adaptada aos sistemas jurídicos internos, que mantém a mesma matriz constitucional de proteção à pessoa e reconhecimento da dignidade humana.

As análises centraram-se nas legislações portuguesa e brasileira. Isso porque a legislação portuguesa sobre o tema das diretivas é atual e específica, permitindo esmiuçar as disposições legais e sua adequação a ordem jurídica. Com relação ao Brasil, a ausência do acolhimento legislativo desses documentos serve como um desafio para que se verifique se as regras gerais dos negócios jurídicos são suficientes para conferir a eficácia que se busca.

Naturalmente que o fato dessa doutoranda ser brasileira e a tese ser apresentada em Portugal contribuíram para essa eleição. Por fim, a ênfase a esses ordenamentos, ainda que possam ter sido buscadas referências ao tratamento estrangeiro, contribuiu para o desenvolvimento didático da matéria.

O tema permeia o dia a dia das pessoas e está na pauta da mídia internacional. Em razão disso, foram utilizadas informações disponíveis nos meios de comunicação, o que demonstra a contemporaneidade e relevância do assunto. Igualmente, porque é um meio de fácil acesso, rápido e atual, muitas informações e textos foram buscados pelos meios virtuais.

Constatou-se a subdivisão das diretivas em subespécies, com objetos diversos, e a adoção de nomenclaturas variáveis nos diversos países que tratam do tema. A mais utilizada, em regra, é a forma genérica «diretivas antecipadas», que passou a ser adotada nesta tese pela sua simplificação e para evitar confusões. Como o termo foi muito utilizado ao longo do trabalho, para tornar a leitura mais dinâmica utilizou-se a forma abreviada, singular ou plural, respectivamente DA ou DA's.

O título da tese, contudo, utiliza a nomenclatura adotada pela legislação portuguesa, de «diretivas antecipadas de vontade».

A redação desta tese empregou a língua portuguesa de uso corrente no Brasil utilizando-se, por exemplo, termos como «câncer» e não «cancro», «doadores» e não «dadores». As citações e transcrições de textos portugueses anteriores a reforma ortográfica foram feitas observando a grafia original.

Os trechos de obras estrangeiras transcritos nas notas de rodapé foram traduzidos de forma livre. Quando o texto foi escrito com base em obra estrangeira, optou-se por apenas citar o original na nota de rodapé, para ciência do leitor.

A utilização de siglas e abreviaturas foi inevitável na elaboração da tese, o que motivou a apresentação de uma listagem no início do trabalho.

Da mesma forma, optou-se por transcrever, no anexo, os documentos mais citados no trabalho, para facilitar o acesso.

A tese foi desenvolvida no formato monográfico, contando com cinco capítulos, divididos em duas partes. Para facilitar o acompanhamento do trabalho, a indicação do número de capítulos foi sequencial.

A primeira parte, com três capítulos, se propõe a contextualização do tema e do problema que gerou a inclusão dessa nova categoria de ato nos ordenamentos jurídicos. Na segunda parte, composta por dois capítulos, é proposta a sistematização desses negócios jurídicos.

Optou-se pela apresentação de notas conclusivas relativas a cada capítulo, salientando-se os pontos considerados relevantes que foram tratados, expostos ao final de cada uma das partes. Para terminar, apresentam-se considerações finais gerais que ressaltam a importância das diretivas e de sua sistematização jurídica.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	13
<u>PARTE I</u>	21
<u>Capítulo Primeiro – O CAMINHO PARA A PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NA TOMADA DE DECISÃO EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE</u>	21
<u>1.1 Breves considerações a respeito da ciência médica e sua evolução</u>	21
<u>1.2 A contribuição da bioética</u>	24
<u>1.3 A relação médico/paciente ao longo do tempo</u>	30
<u>1.4 O consentimento informado</u>	35
<u>1.5 O paciente como condutor primeiro das disposições sobre sua saúde e vida</u> ..	42
<u>1.6 Quando a manifestação não é mais possível – casos que chegaram à justiça</u> ...	45
<i>1.6.1 Estados Unidos da América, 1990. Caso Nancy Cruzan</i>	50
<i>1.6.2 Argentina, 2005. Caso M.d.C.S.</i>	57
<i>1.6.3 Itália, 2008. Caso Eluana Englaro</i>	61
<i>1.6.4 Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2015. Caso Vincent Lambert</i>	67
<i>1.6.5 Análise das decisões judiciais</i>	73
<u>1.7 Diretivas antecipadas: surgimento, expansão e sua positivação</u>	77
 <u>Capítulo Segundo – A MORTE COMO ELEMENTO DA VIDA</u>	93
<u>2.1 O tratamento da morte na sociedade ocidental contemporânea</u>	93
<u>2.2 Os critérios científicos para determinar a morte</u>	105
<u>2.3 O momento da morte</u>	117
<i>2.3.1 A antecipação da morte: suicídio, suicídio assistido e eutanásia</i>	118
<i>2.3.2 O prolongamento da vida – distanásia - obstinação terapêutica - manutenção da vida por aparelhos</i>	139
<i>2.3.3 A morte ao seu tempo – ortotanásia</i>	144
<u>2.4 Procedimentos terapêuticos para amenizar dor e sofrimento – cuidados paliativos</u>	148
<u>2.5 O fim de vida com dignidade</u>	157

<u>2.5.1 O respeito pela autonomia do paciente</u>	167
<u>2.5.2 A autonomia projetada: a diretiva antecipada como instrumento de manutenção da autonomia do paciente</u>	170

Capítulo Terceiro - FUNDAMENTAIS DIREITOS DA PESSOA HUMANA: VIDA, LIBERDADE E AUTONOMIA..... 183

<u>3.1 Direitos do homem, fundamentais e de personalidade</u>	183
<u>3.2 O fundamento dignidade</u>	204
<u>3.3 Direitos fundamentais</u>	215
<u>3.3.1 Dimensões dos Direitos Fundamentais</u>	224
<u>3.3.2 A estrutura das normas de direito fundamental: regras e princípios</u>	229
<u>3.3.3 O regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias</u>	233
<u>3.3.4 A recepção de novos direitos fundamentais</u>	237
<u>3.3.5 Direitos fundamentais no âmbito do direito privado</u>	242
<u>3.3.6 Restrição dos direitos fundamentais</u>	252
<u>3.3.7 Renúncia dos direitos fundamentais</u>	256
<u>3.3.8 Colisão de princípios de direitos fundamentais</u>	266
<u>3.4 Princípios concretizadores da dignidade da pessoa humana</u>	274
<u>3.4.1 Direito à vida e à integridade física</u>	277
<u>3.4.2 Liberdade e desenvolvimento da personalidade</u>	288
<u>3.5 Autonomia</u>	297
<u>3.5.1 Autonomia da vontade e autonomia privada</u>	302
<u>3.5.2 Autonomia privada e direitos existenciais</u>	306
<u>3.5.3 Autonomia pessoal</u>	310
<u>3.5.4 Autonomia e decisões de cuidados de saúde e fim de vida</u>	317
<u>3.5.4.1 Capacidade para tomada de decisão em matéria de cuidados de saúde</u>	321
<u>3.6 Disposição do próprio corpo: vida e integridade física x liberdade</u>	324
<u>3.7 O direito ao fim de vida digno: uma leitura conjunta dos direitos e liberdades</u>	336
<u>3.7.1 As DA's como instrumento de proteção da autonomia pessoal</u>	344
<u>3.8 O papel do Estado frente às liberdades individuais nas questões de fim de vida</u>	350

<u>NOTA CONCLUSIVAS PARTE I</u>	369
<u>PARTE II</u>	387
<u>Capítulo Quarto – DIRETIVAS ANTECIPADAS EM MATÉRIA DE CUIDADOS COM A SAÚDE E A DOGMÁTICA JURÍDICA</u>	387
<u>4.1 A construção de uma dogmática jurídica</u>	387
<u>4.2 Negócio jurídico e os planos da existência, validade e eficácia</u>	390
<u>4.3 Enquadramento das diretivas antecipadas</u>	404
<i><u>4.3.1 Natureza jurídica</u></i>	<i>404</i>
<i><u>4.3.2 Definição</u></i>	<i>408</i>
<i><u>4.3.3 Terminologia</u></i>	<i>410</i>
<i><u>4.3.4 Elementos essenciais</u></i>	<i>414</i>
<i><u>4.3.4.1 Agente</u></i>	<i>415</i>
<i><u>4.3.4.2 Forma</u></i>	<i>420</i>
<i><u>4.3.4.3 Objeto</u></i>	<i>430</i>
<u>4.4 Os consensos possíveis em matéria de cuidados de saúde que direcionarão o conteúdo das diretivas</u>	433
<u>4.5 As cláusulas das DA's</u>	442
<i><u>4.5.1 Situações clínicas em que serão aplicadas</u></i>	<i>445</i>
<i><u>4.5.2 Indicações específicas dos tratamentos</u></i>	<i>450</i>
<i><u>4.5.3 Indicações gerais</u></i>	<i>458</i>
<i><u>4.5.4 Nomeação de representante</u></i>	<i>460</i>
<i><u>4.5.5 Cláusulas diversas</u></i>	<i>467</i>
<u>4.6 Validade e invalidade das DA's</u>	469
<u>4.7 Eficácia e ineficácia das DA's</u>	476
<i><u>4.7.1 Prazo legal</u></i>	<i>483</i>
<u>4.8 A publicização das DA's</u>	487
<i><u>4.8.1 O direito de privacidade do paciente e o dever de confidencialidade do médico</u></i>	<i>491</i>
<i><u>4.8.2 A utilização imprópria das disposições antecipadas</u></i>	<i>494</i>

Capítulo Quinto - DIRETIVAS ANTECIPADAS - FUNDAMENTOS E EFETIVIDADE .. 497

<u>5.1 Fundamentos das diretivas antecipadas</u>	497
<i>5.1.1 A adequação bioética</i>	497
<i>5.1.2 A adequação aos valores constitucionais</i>	503
<u>5.2 A recepção pelos ordenamentos jurídicos</u>	512
<i>5.2.1 A legislação infraconstitucional</i>	512
<i>5.2.2 A necessidade (ou não) de legislação específica</i>	516
<u>5.3 A efetividade do direito aplicada às diretivas antecipadas</u>	520
<u>5.4 O cumprimento das diretivas antecipadas</u>	526
<i>5.4.1 Princípios comuns aos negócios de direitos existenciais</i>	528
<i>5.4.2 O problema da interpretação das diretivas antecipadas</i>	532
<i>5.4.3 O desconhecimento da existência de diretivas antecipadas de vontade</i>	542
<i>5.4.4 As diretivas válidas e a decisão familiar</i>	544
<i>5.4.5 A responsabilidade médica no cumprimento das diretivas</i>	549
<i>5.4.5.1 O descumprimento das diretivas válidas e o cumprimento das inválidas</i>	550
<i>5.4.5.2 A objeção de consciência</i>	554
<u>5.5 As garantias de cumprimento das DA's</u>	561
<i>5.5.1 A garantia decorrente de um dever ético e legal</i>	561
<i>5.5.2 A garantia decorrente de imposição judicial</i>	567
<i>5.5.3 A quem se reconhece a qualidade de garantidor do cumprimento de uma diretiva</i>	570
<u>5.6 A importância das diretivas antecipadas para promoção dos direitos fundamentais da pessoa</u>	574
<u>NOTAS CONCLUSIVAS PARTE II</u>	579
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	589
<u>REFERÊNCIAS</u>	601
<u>ANEXO A - Lei n.º 25 de 16 de julho 2012</u>	633
<u>ANEXO B - Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes</u>	637
<u>ANEXO C – Modelo português de diretiva antecipada de vontade (DAV)</u>	643
<u>ANEXO D – Modelo francês de diretivas antecipadas concernentes a situações de fim de vida</u>	645

INTRODUÇÃO

As diretivas antecipadas são manifestações de vontade da pessoa em relação aos cuidados de saúde que pretende ou não se submeter, para ter eficácia nos momentos em que não possa mais se expressar.

Estabelecer uma diretiva antecipada é uma tarefa difícil porque exige, antes de tudo, pensar, processar e manifestar o reconhecimento de que a vida é finita. Exige também analisar crenças e valores, desejos e vontades, de maneira que a disposição represente o que se pretende para o fim da vida de maneira coerente com tudo o que se viveu, em um exercício da autonomia pessoal.

Esta tese tem por objetivo a análise dos fundamentos constitucionais e adequações legais das diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde.

Debates sobre a boa morte não são novos. Em todos os povos e todas as épocas encontram-se referências às questões relacionadas à eutanásia, de forma expressa ou tácita. O tema ressurge em decorrência da evolução técnico-científica que permite manipular o momento da morte, antecipando-a ou mesmo retardando-a, em algumas circunstâncias, em verdadeira obstinação irracional com grande sofrimento ao paciente, em um verdadeiro prolongamento do processo de morte, quebrando com o tratamento digno que o homem deve ter até o fim de sua existência.

Falar em antecipar a morte é o tema que suscita maior controvérsia do que a ideia de prolongá-la. Ambos, contudo, nos seus extremos, são considerados como intervenção inadequada. Enquanto que, a negativa de se submeter a um tratamento ou de interrompê-lo, quando não agregar benefício, vem ganhando cada vez mais adesão no meio médico-científico e nas sociedades contemporâneas. Com isso, o debate dirige-se por deixar a morte chegar no tempo certo.

Anos atrás não se cogitava que esse questionamento ocorreria. A morte era soberana e quase sempre acontecia muito cedo e de forma rápida. Tanto que a média de vida do ser humano já chegou a ser de trinta anos. Contra ela pouco ou quase nada poderia ser feito.

Foi o desejo de vencer a morte que nos levou a esse estágio atual das coisas, com uma evolução surpreendente na área técnico-científica. Para cada vírus, bactéria, doença, o homem respondeu com ciência, conhecimento e esperança, derrubando um a um cada inimigo da vida humana. É essa evolução que permite ter hoje uma expectativa

média de vida, mesmo em países em desenvolvimento, de setenta e cinco anos, com plenas condições físicas e mentais.

Paira, contudo, sempre e inevitável, a finitude da vida. Se é uma verdade que o homem foi eficaz em tomar para si o controle do momento da morte, não é menos verdade que ainda não conseguiu impedi-la de agir.

Na medida em que um problema é resolvido outros surgem, mantendo a dinâmica da vida, que é agregar conhecimento na tentativa de encontrar uma solução e, quem sabe, vir a dominar por completo o espectro da morte.

Paradoxalmente, acentuou-se a dificuldade de pensar no fim de vida e mesmo de expressar essa realidade.

A morte é, sem dúvida, um dos pontos mais nevrálgicos da existência humana. Embora inevitável, é considerada como o grande mal a ser temido e de preferência evitada a todo custo. Essa ideia é reforçada na sociedade moderna, que privilegia a felicidade instantânea atribuída ao ter, a utilização desmedida dos bens de consumo, representativos do status e poder, em detrimento do conhecimento e da meditação sobre a vida e a morte.

Falar da morte está associado ao fim e a infelicidade que se quer evitar. Difícil de ser encarada com tranquilidade, pouco se fala e quanto mais se retarda, melhor. O homem foi eficiente em desenvolver técnicas que permitem a extensão da vida, ganhando tanto em quantidade, a ponto de perder o referencial das condições de qualidade. Preocupa-se com o tempo de vida e não com a vida dentro do seu tempo.

É certo que a vida humana apresenta-se como inviolável. Qualquer concepção, mesmo laica, nos conduz a ideia de que não podemos tratar os seres vivos como meros instrumentos, mas como um fim em si mesmo.

Na condução da tese, preferiu-se centrar em conceitos laicos, com a finalidade de deixar claro que, independente de concepções religiosas, a vida, e dentro dela a vida humana, é, por si só, motivo de veneração.

A vida a ser protegida é uma vida que permita o livre desenvolvimento da personalidade, o exercício da autonomia pessoal, expressões de autodeterminação de acordo com as crenças, conceitos e convicções, inclusive em seus momentos finais.

A vida é cíclica: o nascimento, o crescimento, o amadurecimento e a inevitável morte. A natureza nos mostra um ciclo perfeito, em que a morte é parte da vida e não o seu antagonismo. Assim, o direito a um fim de vida digno surge como um direito a

merecer proteção. Essa situação nos leva a reconhecer que uma vida de qualidade implica o direito a uma morte sem sofrimento ou dor desmedida imposta por um prolongamento indevido.

O direito a um fim digno não é oposição ao direito a vida, mas sua complementação. É reconhecer que o ser humano é dotado de capacidade de apreender, compreender, decidir e se autodeterminar. Pode, inclusive, com relação aos direitos que lhe são fundamentais, recusar a um direito em benefício de outro, quando em busca do reconhecimento e promoção da sua dignidade.

É nesse sentido que, negar a possibilidade de decisões de fim de vida, pode ser mais prejudicial ao indivíduo do que encarar a morte de frente e reconhecer que há limite, mesmo para a vida. Estabelecer diferenças entre as situações de fim de vida e analisar as possíveis alternativas sem prévios conceitos é um caminho que deve ser trilhado.

Importante, porém, que se deixe claro que esses atos de manifestação prévia de cuidados de saúde não se referem diretamente às questões de eutanásia ou suicídio assistido. As DA's devem se conformar com as legislações do lugar em que forem emitidas. Esses temas apenas se interligam na medida em que tratam de questões de fim de vida, de grande importância nos dias atuais e, em razão de que, nos países em que essas práticas são admitidas, há previsão de que podem constar das diretivas.

As diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde apresentam-se, assim, como um instrumento para o exercício desses direitos fundamentais de vida, de liberdade e de autonomia.

Na esfera jurídica cabe a análise desses atos, considerando sua natureza e a sua possibilidade de produzir os efeitos pretendidos pela parte, em especial com relação às decisões que se projetam para cumprimento de terceiros.

Os atos de manifestação antecipada de cuidados de saúde e fim de vida ganharam visibilidade há cerca de trinta anos, com maior divulgação e receptividade em alguns países, como os Estados Unidos da América que desde o ano de 1990 disciplina essas manifestações. Ao longo desse período foi introduzido em alguns países da América Latina e debatido com maior ênfase na Europa. Portugal, no ano de 2012, publica lei que disciplina a forma, conteúdo, validade e eficácia de tais documentos, inclusive com a criação de um registro nacional dos dados, no ano de 2014. Começa a ser tratada em

países como o Brasil, no qual se tem regulamentação do Conselho Federal de Medicina, datada do ano de 2012.

Não há como fugir dos conceitos culturais e sociais próprios de cada sociedade, nem de debates anteriores sobre o fim de vida, como forma de disciplinar essas manifestações o mais próximo possível da cultura local.

Ponto pacífico é que tais atos, com status de declarações negociais, são plenamente revogáveis, por qualquer meio e em qualquer tempo, de forma que, no momento em que se apresente a situação de fim de vida, se a pessoa mantiver a capacidade de se manifestar, prevalecerá a última decisão.

Com isso, fica evidente que as diretivas antecipadas produzirão seus efeitos nos períodos em que a pessoa não puder manifestar sua vontade, bastante comum em situações de fim de vida. Conterão a vontade do paciente, podendo indicar seus conceitos e crenças, suas opiniões e desejos ou de forma objetiva os tratamentos que aceita ou não se submeter.

As manifestações de vontade, reproduzidas em um documento, representam um avanço, na medida em que permitem observar as decisões da própria pessoa nos momentos finais da existência humana, mesmo que não possa se expressar diretamente. Permitem, ainda, a indicação de representante para a tomada de decisões em seu nome.

Importante que essas disposições estariam restritas às questões relativas a problemas de saúde e mantém seus efeitos nas situações de incapacidade do declarante. São destinadas para os casos em que a evolução de uma doença ou um evento abrupto conduza a uma incapacidade de manifestação expressa da vontade.

Enfim, como matéria nova, ainda em assentamento sobre os fatos reais, muitas são as indagações que motivaram a pesquisa sobre o tema. Vão desde o fundamento que permite a recepção desses atos, passando pela sua natureza jurídica, a terminologia a ser conferida, o conteúdo permitido, até análise de sua validade e eficácia.

O objetivo geral deste trabalho é analisar os fundamentos de natureza constitucional que justificam e autorizam o estabelecimento de diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde.

Reconhecida a constitucionalidade desses instrumentos nos países ocidentais democráticos e plurais, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, é importante verificar como podem ser recepcionados na ordem jurídica posta. Assim, são objetivos mais específicos verificar se a disciplina jurídica em Portugal, no qual há lei

exclusiva sobre a matéria, bem como se a ausência de disciplina expressa sobre esse tema, como ocorre no Brasil, é empecilho ou não para o seu ingresso no mundo jurídico.

As diretivas devem indicar as circunstâncias em que passam a produzir os efeitos desejados e especificar o que a pessoa gostaria ou não para esses momentos, observando naturalmente os regramentos nacionais e os consensos éticos sobre o tema. O fato de serem a projeção de uma circunstância pode gerar a sua não utilização, pois o final da vida pode apresentar-se de forma diversa da projetada pela pessoa. Ou mesmo, é possível que as medidas solicitadas não sejam próprias para serem aplicadas na situação em que a pessoa se encontra, de acordo com os padrões médicos mais atualizados. Diz-se isso, pois, para demonstrar as limitações do ato ora em análise, a despeito de todas as expectativas nele depositadas.

Outrossim, não se desconhece os riscos envolvidos, pois a eficácia dos documentos ocorreria em momento de maior fragilidade da pessoa, tanto que, não estaria em condições de manifestar sua decisão. Difere, contudo, de situações de vulnerabilidade, pois a elaboração do documento exige consciência plena e informação. Importante, pois, para o estudo das diretivas antecipadas, a análise dos consentimentos livres e esclarecidos desenvolvidos na área médica, que permitem a interação médico/paciente, que já predomina nessas relações, reconhecendo o respeito que deve ser conferido à pessoa, um dos princípios norteadores da bioética.

As diretivas direcionam-se para afirmar a autonomia pessoal, visando manter coerência dos atos da pessoa mesmo nos momentos de fim de vida. Não é raro a incapacidade se instalar nessas situações finais de vida, quando então decisões sobre a esfera mais íntima são transferidas para terceiros, familiares e/ou equipe médica. Menos raro ainda é que essas questões de vida/morte virem disputas, chegando mesmo a demandas judiciais que podem envolver divergências entre equipes médicas e familiares, ou mesmo de familiares entre si. Nesses casos, os sentimentos e vontades que se sobressaem são das pessoas envolvidas na disputa e não mais do paciente, que ao perder sua capacidade, perde sua autonomia.

Outra circunstância comum é de não terem conhecimento do que o paciente gostaria para aquela situação. Tema de difícil abordagem é deixado *a latere* nas relações familiares.

As situações de incapacidade, em regra, apresentam-se sem que o assunto tenha sido abordado previamente, não mais conferindo oportunidade ao paciente de comunicar os tratamentos e cuidados que está, ou não, disposto a submeter-se.

Da mesma forma que o termo de consentimento informado não pode virar uma mera etapa burocrática na relação médico/paciente. Em especial com vista a prática de uma medicina defensiva, também as diretivas antecipadas devem ter um regramento legal claro com relação aos seus requisitos de validade e dos fatores que garantam sua eficácia, de forma a não permitir que sua utilização apenas ocorra se estiver de acordo com a vontade do médico e/ou sua equipe, ou de acordo com a decisão familiar. Ao contrário, a vontade do paciente é que deve prevalecer se a situação prevista se apresentar e as determinações/solicitações forem válidas.

Como declaração de vontade com vistas a produzir efeitos, socialmente reconhecidos, as diretivas enquadram-se na categoria de negócio jurídico, no qual há a projeção de vontade. Embora não se confunda, assemelha-se bastante aos testamentos, de forma que as disposições legais que regem essa matéria podem servir de subsídio para a sua análise. Da mesma forma que os testamentos geram polêmicas e questões jurídicas, a despeito de toda a formalidade composta para assegurar a aplicação, em observância a real vontade do testador, também essas novas declarações podem ser passíveis de má utilização, dificuldades de interpretação, questionamentos quanto a sua validade e análise da possibilidade de produzir os efeitos pretendidos pelo manifestante.

Se é verdade que existem riscos no acolhimento desses atos, também é verdade que o não acolhimento e disciplina podem comprometer a autonomia da pessoa em momentos finais de sua vida. Momentos estes que devem estar protegidos na sua dignidade tanto quanto, ou possivelmente até mesmo mais do que, em todo o decorrer de sua existência.

Esta tese foi dividida em duas partes.

A primeira busca contextualizar o tema, analisando as alterações da relação médico-paciente, perpassando a teoria do consentimento informado e as contribuições bioéticas, até chegar às diretivas antecipadas, que se apresentam como um instrumento de manutenção da autonomia do paciente, mesmo quando sem condições de manifestação expressa direta.

Partindo-se da análise de casos judiciais internacionais, verificou-se que as diretivas antecipadas surgiram no espaço em que se procurava estabelecer a vontade presumida do paciente incompetente. É, pois, da necessidade imposta pelos fatos da vida que surge o novo ato de manifestação da vontade sobre direitos existenciais primordiais a qualquer ser humano.

Na sequência, dentro da proposta de contextualização, analisa-se a cultura da morte no mundo ocidental contemporâneo e os problemas filosóficos impostos pela ideia de sua negação e da busca do prolongamento da existência corpórea. Procura integrar a morte como um elemento do ciclo da vida e, como tal, período no qual a dignidade humana deve ser preservada, autorizando reconhecer o direito do indivíduo, de forma direta ou projetada, tomar decisões sobre sua saúde e fim de vida.

São analisados os critérios científicos atuais que atestam a morte e a possibilidade de manipulação, antecipando ou prolongando esse momento, bem como os problemas éticos gerados, em especial os que surgiram da utilização de novas tecnologias. Salienta-se o conceito que considera o momento certo da morte, de maior adequação ética, e que propõe o atendimento e cuidado da pessoa durante todo o processo de final de vida. Encerra com a análise dos benefícios e as críticas apresentadas às DA's nesses últimos anos.

No final desta parte, a análise é voltada para o estudo dos direitos fundamentais, em especial o conteúdo do direito à vida e à integridade física nos estados democráticos de direito, e questões relativas à sua renúncia. Trata do conflito entre direito à vida e à liberdade, e debate a prevalência da autonomia pessoal nas questões relacionadas aos direitos fundamentais individuais, com ênfase nas decisões de cuidados de vida e saúde.

Por ser um instrumento que permite manter a autonomia na etapa final de existência, preocupa-se em garantir a sua correta utilização no momento em que devam ser aplicadas. A segunda parte do trabalho, assim, direciona-se para a sistematização jurídica desses atos.

As diretivas antecipadas apresentam-se como realidade nos países ocidentais, impondo um tratamento jurídico de acordo com os fundamentos constitucionais que a embasam, tanto como forma de garantir a manifestação livre da vontade, como de dar eficácia às deliberações da vontade da pessoa, quando esta não puder mais se manifestar. Busca-se, pois, estabelecer uma dogmática jurídica com vistas à segurança da utilização das diretivas.

A tese, então: analisa a teoria do negócio jurídico, expressão da autonomia pessoal, nos seus planos de existência, validade e eficácia; enquadra as diretivas antecipadas na categoria de negócio jurídico, com referência aos elementos essenciais gerais para a sua constituição; dedica espaço para delimitação dos consensos possíveis em matéria de cuidados de saúde, encaminhando para o detalhamento do conteúdo desses atos; examina os requisitos de validade/invalidade e os fatores de eficácia/ineficácia das diretivas antecipadas, com ênfase ao aspecto positivo desses planos; repassa princípios aplicáveis aos negócios jurídicos de categoria similar às diretivas; e, analisa a questão da publicização desses atos, observando princípios da privacidade e confidencialidade dos dados.

Por fim, identifica-se os fundamentos éticos e legais das diretivas. Tendo por base uma diretiva considerada como válida e eficaz, foram analisadas as questões que dizem com o seu cumprimento, como a interpretação e a responsabilidade médica, e com o problema da efetividade social e os mecanismos de garantia de atendimento dessas disposições.

De grande importância para o exercício dos direitos e liberdades da pessoa humana, as diretivas exigem uma análise atenta e cuidadosa com a qual se pretende colaborar com a pesquisa e estudo do tema nessa tese.

PARTE I

Capítulo Primeiro – O CAMINHO PARA A PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NA TOMADA DE DECISÃO EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

1.1 Breves considerações a respeito da ciência médica e sua evolução

A evolução técnico-científica, em especial na área médica, é um dado concreto. Ao agregar novos conhecimentos ganha-se em qualidade e até mesmo em tempo de vida. Contudo, surgem novos questionamentos exigindo que se repense ideias postas, tradições e crenças. Essa evolução traz novos problemas éticos que reclamam decisões com base em referenciais teóricos.

A necessidade de desenvolvimento e domínio da técnica colocou em evidência a pesquisa como forma de obter o conhecimento necessário. É nesse campo que a utilização da pessoa para experimentos apresentou-se, em muitos casos, de forma inadequada e indevida, atentando contra a natureza humana, o que gerou indagações sobre os limites da ciência.

O ser humano foi explorado como verdadeiro objeto de estudo em favor da ciência e a despeito de toda e qualquer necessidade própria. Muitos são os casos relatados na literatura científica que geraram movimentos para repensar a forma de desenvolvimento da ciência¹.

¹ Leo Pessini, na introdução a edição brasileira do livro de Beauchamps e Childress, *Princípios da ética biomédica*, relaciona: “Em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em idosos doentes; entre 1950 e 1970, no hospital estatal de Willowbrook (NY), injetaram hepatite viral em crianças retardadas mentais; desde os anos de 1940, mas descoberto apenas em 1972, no caso de Tuskegeestudy no estado do Alabama, foram deixados sem tratamento 400 negros sífilíticos para pesquisar a história natural da doença. A pesquisa continuou até 1972, apesar da descoberta da penicilina em 1945. Em 1996, o governo norte-americano pediu desculpas públicas a esta comunidade negra pelo que foi feito”. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios da ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. pp. 9-10. Também é reconhecido o abuso das pesquisas com animais. No livro «Libertação Animal» de Peter Singer, publicado pela primeira vez em 1975, há descrições de experiências em que não há conhecimento agregado, v. g.: “Em experimentos realizados na Inglaterra, pelo Huntingdon Research Institute, junto com a empresa gigante ICI, quarenta macacos foram envenenados com o herbicida letal paraquat. Ficaram muito doentes, tinham dificuldade para respirar e apresentaram hipotermia. Morreram lentamente, ao longo de vários dias. Já se sabia que o envenenamento de seres humanos com este herbicida resultava em morte lenta e agonizante”. SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 81.

O incremento da ciência, por outro lado, é necessário e salutar. Por meio dela se obteve resultados concretos no desenvolvimento humano e no domínio da natureza, a vista, por exemplo, do aumento da expectativa de vida ao longo dos anos².

Se por um lado o desenvolvimento da ciência é necessário, por outro a dignidade da pessoa humana deve ser o princípio norteador de toda decisão. Apresenta-se a questão do limite do desenvolvimento. Questiona-se: para o desenvolvimento da humanidade como um todo, pode a pessoa ser utilizada como instrumento ou seria exatamente esse o limite?

Em especial no Pós II Guerra Mundial, comunidades científicas internacionais passaram a perquirir como desenvolver a ciência em prol da humanidade, sem utilizar o ser humano como um mero objeto de experimentos.

Pesquisas realizadas sem conhecimento do participante, na maioria das vezes colocando-o em risco, geraram revolta na sociedade e conduziram para a necessidade de esclarecimento do sujeito da pesquisa, deixando claro os riscos e benefícios envolvidos e de manifestação expressa de seu consentimento em participar do processo.

O Código de Nuremberg pode ser citado como um dos primeiros documentos internacionais que procura estabelecer uma regra ética para o desenvolvimento da ciência ao estabelecer como necessário o consentimento do participante de pesquisa³.

Na sequência, a Declaração de Helsinque surge como *“o documento-base mais importante e mais amplamente aceite no campo da investigação médica em seres humanos”*⁴.

² Nesse sentido os dados de Portugal apresentados por Machado: “A esperança de vida à nascença (calculada para períodos de três anos consecutivos) evoluiu de 76,63 anos em 1999/2001 para 78,90 anos em 2006/2008, o que corresponde a um crescimento relativo de 3,0%”. MACHADO, Maria do Céu et al. **A morte e o morrer em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 32.

³ Código de Nuremberg – 1947: 1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. **Código de Nuremberg**. 30 set. 2002. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

⁴ Nesse sentido manifesta-se Sgreccia, apresentando a cronologia das atualizações da referida declaração: “A Associação Médica Mundial (AMM), por ocasião da sua 52ª Assembléia Geral, que teve lugar em Edimburgo em Outubro de 2000, aprovou uma nova versão da Declaração de Helsínquia, [...] A Declaração

É, pois, na área da pesquisa científica que se pode identificar os primeiros movimentos com vistas a se pensar em desenvolvimento com responsabilidade e justificação ética na área médica.

A par dessa intervenção na pesquisa, na área de assistência clínica há, também, o reconhecimento da capacidade do paciente em interagir e tomar decisões quanto aos tratamentos que pode/quer ou não se sujeitar.

Goldim, ao remontar as origens do consentimento do paciente, identifica como primeiro documento, na área da pesquisa, o contrato realizado pelo Dr. William Beaumont e seu paciente Alexis St. Martin, cujo caso passou a monitorar, ainda no ano de 1833. E, na área assistencial, o reconhecimento da necessidade da autorização do paciente para o tratamento que lhe foi proposto pelo médico, caso ocorrido ainda no ano de 1767, na Inglaterra, que teve como paciente o Sr. Slater e como médicos o Dr. Baker e seu colega Dr. Stapleton. O termo *consentimento informado*, contudo, teria sido empregado pela primeira vez, em decisão judicial na Califórnia/EUA, no ano de 1957⁵.

Diante dessas novas situações surge a teoria do consentimento informado, que tem como base a necessidade de serem prestadas, ao paciente ou participante de pesquisa, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão racional, bem como a exigência da formalização desse consentimento.

Na área da saúde, pois, afirma-se o respeito pela pessoa, com reconhecimento da sua capacidade de compreensão do que lhe é ofertado e de participação na tomada de decisão, quer se trate de cuidados assistenciais ou de investigação. Todo o indivíduo pode e deve participar das decisões que digam respeito ao seu corpo, sua saúde e sua vida.

de Helsínquia, adotada em junho de 1964 pela 18ª Assembleia Geral da AMM foi posteriormente emendada pela 29ª Assembleia Geral de Tóquio, em Outubro de 1975; pela 35ª Assembléia Geral de Veneza, em Outubro de 1983; pela 41ª Assembleia Geral de Hong Kong, em Setembro de 1989; e pela Assembleia Geral da África do Sul, em Somerset West, em Outubro de 1996". SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Caiscais: Princípia Editora, 2009. p. 750.

⁵ Cfr. GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. **Revista AMRIGS**, Porto Alegre, v. 46, n. 3/4, p. 109-110, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.amrigs.com.br/revista/46-03/0%20consentimento%20informado%20numa%20perspectiva%20al%C3%A9m%20da%20autonomia.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

1.2 A contribuição da bioética

A bioética surge como um campo específico de estudo que pretende debater questões de natureza ética envolvidas em decisões relativas à vida e ao viver.

A utilização do termo bioética pela primeira vez é atribuída ao pastor Luterano Fritz Jarh, ainda no ano de 1924⁶, quando chamou a atenção para o cuidado que se deve ter não só para com o próprio homem, mas com todos os seres vivos⁷. Por volta dos anos 70, o termo é utilizado e difundido por Van Potter⁸.

A partir da década de 1960 e com ênfase nessa entrada do século XXI, a surpreendente evolução técnico-científica faz ressurgir a preocupação com os rumos da ciência e os valores ético-morais da humanidade, e gera o debate sobre como lidar com as novas possibilidades surgidas na área médico-científica.

Da possibilidade de manipulação de embriões humanos fora do útero materno à manutenção da vida por meio de aparelhos, passando pelo transplante de órgãos, criação de novos medicamentos, terapias com poder curativo e/ou de eliminação de sintomas, o progresso da ciência na vida humana está cada vez mais presente.

Tanto para uma simples adequação desses valores científicos aos valores morais da natureza humana, como porque a cada dia novos desafios são propostos, sobre os quais a humanidade nunca tinha se debruçado, é importante um espaço de debate crítico, que busque soluções mais éticas, de forma a adequar o proveito da ciência e a proteção do homem, a assegurar que este é o fim maior daquela, e não o seu instrumento.

As pesquisas com seres humanos, em especial no pós-guerra, ao lado do incremento na ciência, a vista das novidades na área de farmacologia, trouxeram a preocupação do uso da pessoa como um mero instrumento para obtenção do progresso.

⁶ Cfr. GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, v. 53, n. 1, p. 58, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/complexamrigs09.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

⁷ “From Bio-Psychik it is only one step to Bio-Ethics [Bio-Ethik], i.e. to the assumption of ethical responsibilities not only towards humans but towards all living beings”. (Livre tradução: “Da Bio-Psychiké apenas um passo para Bio-Ética [Bio-Ethik], ou seja, para a assunção de responsabilidades éticas não só para com os seres humanos, mas para com todos os seres vivos”). JAHR, Fritz. **Essays in Bioethics and Ethics 1927-1947**. Bochum: Zentrum für Medizinische Ethik, 2011. p. 1.

⁸ Grande parte dos autores atribuem a criação do termo à Van Potter, mas como se verifica pela citação acima, já havia sido utilizado por Jahr. Nesse sentido refere Gafo: “O termo Bioética (do grego *bios*, vida, e *éthos*, ética) é um novo nome, utilizado pela primeira vez pelo oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, no seu livro *Bioethics: Bridge to the Future* (1971), no qual propõe a seguinte definição do seu neologismo: «uma nova disciplina que combina conhecimento biológico com um conhecimento de sistemas de valores humanos»”. GAFO, Javier. **Bioética**. Lisboa: Paulus, 2011. p. 13.

Ainda que a finalidade possa ser justificada como sendo em prol da humanidade como um todo, a utilização de uma pessoa para esse fim quebra com a proteção que cada um merece.

A situação agrava-se na medida em que os experimentos são direcionados para pessoas vulneráveis, quer por sua condição própria, quer porque o contexto social assim a coloca. A imposição e o desconhecimento por parte do sujeito da pesquisa implicavam em grave ofensa aos direitos individuais.

Adequar o desenvolvimento da ciência com a manutenção da proteção da pessoa humana passa a ser um desafio. Surgem daí as noções relativas ao consentimento informado, que permitem a busca pela evolução da ciência com o respeito pelo indivíduo, aplicado tanto na área da pesquisa como da assistência.

Na tentativa de estabelecer parâmetros que auxiliassem na tomada de decisão ética, o Relatório Belmont, com base nos estudos de James Childress e Tom Beauchamps, respectivamente teólogo e filósofo vinculados ao Instituto Kennedy de Bioética, relaciona três princípios centrais, quais sejam, da beneficência, da autonomia e da justiça.

Está lançada a base da corrente principialista da bioética, que com o aprimoramento desses princípios tem a pretensão de servir como base referencial para a tomada de decisões éticas nas questões que envolvem problemas de saúde e de vida.

O princípio da beneficência tem por base o juramento hipocrático no qual os médicos se vinculam, com vistas a fazer o bem. Segundo Beauchamps e Childress, o termo beneficência é utilizado no seu sentido amplo, incluindo todas as formas de ações realizadas em benefício das outras pessoas, enquanto que o princípio se refere a uma obrigação moral de agir em prol dos outros⁹.

Depois, esse princípio foi diferenciado do princípio da não-maleficência, qual seja, obrigação de não causar dano aos outros intencionalmente¹⁰. Embora reconheçam que

⁹ Referem os autores: "We use the term in this chapter to cover beneficent action in a broad sense, so that it includes all forms of action intended to benefit other persons. Benevolence refers to the character trait or virtue of being disposed to act for the benefit of other. Principle of beneficence refers to a statement of moral obligation to act for the benefit of others." (Livre tradução: "Usamos o termo neste capítulo para cobrir as ações beneficentes em sentido lato, de modo a incluir todas as formas de ação destinadas a beneficiar outras pessoas. Benevolência refere-se ao traço de caráter ou virtude de estar dispostos a agir em benefício de outros. Princípio da beneficência refere-se a uma declaração de obrigação moral de agir em benefício de outros".) BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2013. p. 203.

¹⁰ Nesse sentido: "The principle of nonmaleficence obligates us to abstain from causing harm to others. In medical ethics this principle has been treated as effectively identical to the celebrated maxim *Primum non*

alguns autores, como William Frankena, não diferenciam beneficência da não-maleficência¹¹, para Beauchamps e Childress não causar dano é obrigação própria que diz respeito a princípio diverso da beneficência e que, em determinadas circunstâncias, pode ter até mesmo um peso maior que este.

O princípio da justiça propõe uma distribuição apropriada de benefícios e encargos, de forma justa e equitativa. Ao tratar do princípio da Justiça, os autores reconhecem que não há um princípio único capaz de resolver todos os problemas que se apresentam, mas vários princípios de justiça que devem ser aceitos e ponderados nos contextos particulares¹².

Concluem admitindo a extrema dificuldade de um sistema de saúde justo e igualitário, em especial pelos problemas de alocação de recursos, mas reconhecem o direito obrigatório a um mínimo digno de assistência à saúde, de forma que se faz necessário o compromisso com procedimentos eficientes e justos, sempre que se estiver a tratar com questões relativas aos recursos da saúde¹³.

nocere: Above all [or first] do no harm." (Livre tradução: "O princípio da não-maleficência nos obriga a abster-se de causar danos a outros. Em ética médica este princípio tem sido tratado como idêntico a célebre máxima '*Primum non nocere*': "Acima de tudo [ou primeiro] não fazer mal.). BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles...**, p. 150.

¹¹ Ao tratar do princípio de que chama de benevolência, fica evidente que o autor se refere tanto ao conceito de fazer o bem e de evitar o mal. Assim refere Frankena: "Por princípio de utilidade ou de beneficência, desejamos seja entendido, muito estritamente, o princípio segundo o qual devemos praticar o ato ou observar a regra que produzirá ou provavelmente virá a produzir, no universo, a maior quantidade possível de bem em relação ao mal. Parece-me claro, entretanto, que esse princípio pressupõe outro que o precede, ou seja, o de que devemos praticar o bem e impedir ou evitar que o mal se faça. Se não existisse essa obrigação primeira, não poderíamos ter o dever de procurar promover a maior quantidade possível de bem em relação ao mal. Em verdade, o princípio de utilidade corresponde a uma concessão ao ideal. O ideal seria que se praticasse apenas o bem, jamais fazendo o mal (esqueça-se de momento, a justiça). Mas isso é impossível, e, assim, vemo-nos forçados a tentar favorecer a maior preponderância possível do bem em relação ao mal. Sendo assim, o princípio de utilidade pressupõe e deriva de um princípio básico – o de que se deve criar o bem e impedir o mal. Teremos uma obrigação *prima facie* de favorecer a preponderância do bem sobre o mal, se, e somente se, tivermos uma anterior obrigação *prima facie* de praticar o bem e evitar o mal. Esse princípio anterior será por mim chamado princípio da benevolência". FRANKENA, William. **Ética**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 59.

¹² Lecionam os autores: "The term distributive justice refers to fair, equitable, and appropriate distribution benefits and burdens determined by norms that structure the terms of social cooperation.[...] No single moral principle is capable of addressing all problems of justice. In this chapter we discuss several principles and consider how they can be balanced and specified in contexts of health care and public health". (Livre tradução: "O termo justiça distributiva refere-se a benefícios de distribuição justos, equitativos e adequados e encargos determinados por normas que estruturamos termos da cooperação social [...] Não existe um único princípio moral capaz de enfrentar todos os problemas de justiça. Neste capítulo, discutiremos alguns princípios e consideraremos como eles podem ser sopesados nos contextos de cuidados de saúde e de saúde pública"). BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles...**, p. 250.

¹³ "Global justice and just national health care systems are distant goals for millions who encounter the entrenched barriers to achieving these goals. [...] We have proposed recognition of global rights to health and enforceable rights to a decent minimum of health care within a framework for allocation that incorporates both utilitarian and egalitarian standards. This perspective recognizes the legitimacy of

E, por fim, o princípio do respeito à autonomia das pessoas, que reconhece a possibilidade dessas agirem livremente e de acordo com os planos e metas que estabelecerem. Salientam que é possível identificar, nas várias teorias de autonomia existentes, duas condições essenciais comuns a todas elas, quais sejam, a independência e a capacidade de agir de acordo com a decisão tomada¹⁴. Referem que o respeito a autoridade do outro estaria presente em falar a verdade ao paciente/investigado, na consideração da privacidade, na proteção a confidencialidade dos dados, na obtenção do consentimento para intervenções sobre o paciente e no auxílio a tomada de decisões quando solicitados¹⁵. Sustentam a importância desse princípio e a necessidade de maior desenvolvimento.

Não há hierarquia entre os princípios identificados, mas frente ao caso concreto haverá, na maioria das vezes, prevalência de um dos princípios sobre os demais, de forma a permitir a tomada de decisão que se apresente mais ética.

As críticas à abordagem apresentada por Beauchamps e Childress direcionam-se, em especial, para o fato de que pode haver conflitos entre os princípios elencados e não há a formulação de uma teoria moral unitária que os solucionasse. Para Clouser e Gert, autores notadamente críticos da corrente principialista, a função dos princípios não é

trade-offs between efficiency and justice, a position that mirrors our insistence throughout this book on the possibility of contingent conflicts between beneficence and justice and the need for trade-off between then.” (Livre tradução: Justiça global e acesso aos sistemas nacionais de saúde, são metas distantes para milhões de pessoas que enfrentam barreiras para alcançar estes objetivos. [...] Propomos o reconhecimento dos direitos de saúde globais e o direito a exigir um mínimo digno de assistência médica dentro de um quadro de alocação que incorpora ambos os padrões utilitaristas e igualitários. Esta perspectiva reconhece a legitimidade das soluções equilíbrio entre eficiência e justiça, uma posição que espelha a nossa insistência ao longo deste livro sobre a possibilidade de conflitos contingentes entre beneficência e justiça e a necessidade de ponderação entre eles.) BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles...**, p. 293.

¹⁴ Referem os autores: “Personal autonomy encompasses self-rule that is free from both controlling interference by others and limitations that prevent meaningful choice, such as inadequate understanding. [...] The autonomous individual acts freely in accordance with a self-chosen plan, analogous to the way in independent government manages its territories and sets its policies. [...] Virtually all theories of autonomy view two conditions as essential: liberty (independence from controlling influences) and agency (capacity for intentional action).” (Livre tradução: “Autonomia pessoal engloba autogoverno que é livre tanto de interferências controladoras de outros e de limitações que impedem a escolha significativa, como de compreensões inadequadas. O indivíduo autônomo age livremente, de acordo com um plano de escolhas pessoais, análogo ao modo pelo qual um governo independente gerencia seus territórios e define as suas políticas [...] Praticamente todas as teorias de autonomia identificam duas condições essenciais: liberdade (independência de influências controladoras) e exercício do poder (capacidade de ação intencional”). BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles...**, pp. 101-102.

¹⁵ Cfr: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles...**, p. 107.

adequada como substituto de uma teoria moral, nem serve de diretivas ou guias para determinar uma ação moralmente correta¹⁶.

A despeito das críticas apresentadas a essa corrente principialista da bioética é fato que os referidos princípios são fortes referenciais teóricos utilizados na tomada de decisões dos problemas éticos que se apresentam, em especial diante dos avanços tecnológicos já referidos.

Na sequência deste modelo teórico, vários outros foram desenvolvidos, dando início ao que Neves e Osswald denominam de momento entusiasmo, *“que se caracteriza pela proliferação de modelos teórico-práticos”*¹⁷.

Cabe destacar o modelo da bioética complexa, concebido por Goldim¹⁸, que engloba os vários referenciais teóricos, sem desconsiderar questões de ordem individual, que devem ser observadas para a tomada de decisão em matéria de cuidados com a saúde, como crenças, valores e desejos.

Descreve a bioética como *“uma reflexão complexa, interdisciplinar e compartilhada sobre a adequação das ações envolvendo a vida e o viver”*¹⁹. Situa a bioética na área de reflexão sobre questões relativas à vida e à saúde e afirma que para uma abordagem abrangente é necessário se utilizar do conhecimento das mais diversas áreas. Reconhece a complexidade do debate proposto porque envolve múltiplos aspectos.

Trabalhando com uma abordagem em que a ética se insere na realidade, pretende encontrar não a solução ideal, mas a melhor solução para a situação posta, sem deixar de lado nenhuma das alternativas que se apresentem. Para tanto, salienta a importância da

¹⁶ Cfr. CLOUSER, K. Danner; GERT, Bernard. A Critique of Principlism. **The Journal of Medicine and Philosophy**, n. 15, p. 221, 1990. Disponível em: <<http://jmp.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

¹⁷ Os autores relacionam modelos que se seguiram, reconhecendo que buscaram valorizar exatamente os aspectos negligenciados por Beauchamps e Childress. Assim elencam: “o modelo da lei natural de John Finnis, apresentado em *Natural Law and Natural Rights*, em 1980; o contratualismo de Robert Veatch, apresentado em *A Theory of Medical Ethics*, em 1981; o modelo de cuidado de Carol Gilligan, apresentado em *In a Different Voice. Psychological Theory and Women’s Development*, em 1982; o modelo libertário de Tristram Engelhardt, apresentado em *The Foundations of Bioethics*, em 1986; o casuísta de Albert Jonsen e Stephen Toulmin, apresentado em *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, em 1988; o modelo da virtude de Edmund Pellegrino e David Thormasma apresentado em *For the Patient’s Good. The Restoration of Beneficence in Health Care*, em 1988. NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética simples**. Lisboa: Editorial Verbo, 2007. pp. 89-90.

¹⁸ José Roberto Goldim é Doutor em Medicina, biólogo do Grupo de Pesquisa e Pós-Graduação do HCPA, responsável pelo Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência. Professor de Bioética da UFRGS e PUCRS. Porto Alegre/RS – Brasil. Disponível em:

<<http://www.ufrgs.br/bioetica/jrg.htm>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

¹⁹ Cfr: GOLDIM, José Roberto. *Bioética...*, p. 59.

identificação clara do problema, seus fatos e circunstâncias, assim como as alternativas disponíveis e as respectivas consequências.

Na reflexão proposta, inserem-se como referenciais teóricos os próprios princípios dos quais se falou, os direitos humanos e a teoria das virtudes, para a qual se atribui grande relevância na bioética²⁰.

São considerados ainda os referenciais não racionais, que dizem respeito ao sistema de crenças. Esse sistema inclui valores, tradições e interesses, além das questões relacionadas à afetividade que engloba os vínculos afetivos, as emoções e os desejos, os quais atuam, em regra, para minimizar os custos, mais do que para potencializar os benefícios²¹.

Esses elementos não racionais são importantes porque dizem respeito à própria pessoa, ao sistema de crenças que desenvolveu ao longo de sua existência e que estão de acordo com a compreensão que a pessoa tem de si mesmo e do mundo que a cerca. Os valores são colocados exatamente como as crenças duradouras adotadas por uma pessoa.

O sistema ainda contempla o passado e o futuro. A tradição é referencial do passado enquanto que os desejos são uma projeção de futuro, que agem como força propulsora, motivadora da decisão tomada.

Fernandes reconhece que essa abordagem não pretende ser uma justificação teórica filosófica, mas sim *“um modelo para auxiliar no processo de tomada de decisão em âmbito interdisciplinar”*²² e, como tal, por considerar questões de ordem individual, presta grande auxílio na tomada de decisões de fim de vida.

²⁰ Refere Goldim: “A bioética parte de problemas e acaba por refletir sobre situações de complexidade sempre crescente. No processo de reflexão e de tomada de decisão, o importante é identificar adequadamente o problema a ser abordado, os fatos e as circunstâncias envolvidos, as alternativas e suas respectivas consequências. Como parte da reflexão, devem ser incluídos os referenciais teóricos e os casos já ocorridos relacionados ao problema. Todos estes elementos, desde a identificação do problema até a utilização de experiências e vivências prévias são passíveis de discussão racional. A bioética complexa também leva em consideração outros dois componentes não racionais: os sistemas de crenças e valores e a afetividade”. GOLDIM, José Roberto. *Bioética...*, p.60.

²¹ *Cfr.* GOLDIM, José Roberto. *Bioética...*, p. 61.

²² Diz a autora: “[...] o modelo da bioética complexa visa permitir uma perspectiva integrada do processo de tomada de decisão envolvido em questões bioéticas práticas. Os elementos básicos que devem ser envolvidos são o problema ou conflito que desencadeia a necessidade de uma reflexão bioética; as informações que servem para identificar os fatos e as circunstâncias envolvidas, as alternativas possíveis e as suas respectivas consequências; o referencial teórico e o repertório de casos que podem ampliar a compreensão das circunstâncias envolvidas, além do sistema de crenças e da afetividade”. FERNANDES, Márcia Santana. **Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

Neves e Osswald referem que a institucionalização da bioética é um suporte para a universalização de práticas em todo o mundo, entendendo que, a despeito das normativas específicas, a formulação de algumas regras essenciais gerais não afeta a sensibilidade ética de cada comunidade. Exige, contudo, empenho e articulação na regulamentação do uso das novas biotecnologias em seus aspectos fundamentais de respeito pela dignidade humana²³.

Em decisões de fim de vida, é necessário se ter presente os debates e referenciais apresentados pela bioética, pois importantes valores do ser humano são colocados em tensão nesse momento.

Gafo refere casos paradigmáticos, envolvendo questões de fim de vida que consolidaram a bioética, nos Estados Unidos, ainda nos anos 80, e que exigiram por parte das entidades hospitalares que se adequassem a esses conceitos de ordem ética, também na área assistencial. De vários importantes documentos que servem como ponto de partida para debates em torno da relação médico/paciente e questões relativas ao fim de vida, o autor salienta a carta dos direitos dos doentes, que nos EUA data do ano de 1973, e depois é repisada em outros países, que afirma “*quatro direitos fundamentais dos doentes: à vida, à assistência na saúde, à informação e a uma morte digna*”²⁴.

O debate nas questões referentes ao fim de vida ganha proporções internacionais com nítido encaminhamento para fortalecer direitos a um fim de vida digno.

1.3 A relação médico/paciente ao longo do tempo

A relação médico/paciente tradicional é marcada por uma relação vertical, com caráter fortemente paternalista. Com o domínio do conhecimento médico-científico a intervenção médica assumiu esse caráter na medida em que a decisão partia unilateralmente do médico, cabendo ao paciente tão somente o cumprimento do que lhe foi determinado, seguindo o código Hipocrático de que “*o médico é quem comanda; o paciente é quem obedece*”²⁵.

²³ Cfr. NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética...**, pp. 107-108.

²⁴ Cfr. GAFO, Javier. **Bioética...**, pp. 20-22.

²⁵ No original: “[...] from the Hippocratic corpus that “the physician is the one who commands; the patient the one who obeys”.

RICH, Ben A. Advance Directives. **Journal of Legal Medicine**, v. 19, n.1, p. 63-67, 1998. Published online: 23 Jul 2009. Downloaded by Georgetown University at 06 June 2013. p. 64.

Cientes do fim assumido pelo juramento hipocrático, que lhes conferia o norte de que deveriam fazer todo o possível com a finalidade de salvar as vidas humanas, desenvolve-se a atividade médica com o que se costuma identificar como caráter paternalista, na qual em razão do domínio de um conhecimento muito específico, e uma linguagem própria, os médicos determinavam o que deveria ou não ser feito, de forma impositiva, sem considerar a capacidade de entendimento e autonomia do paciente para tomar decisões relativas à sua própria saúde.

O intuito paternalista e a finalidade de proteção e defesa da vida a qualquer custo são a própria justificativa para a atuação médica impositiva. Com efeito, como a finalidade é o bem vida, não se perqueria de outra forma de atendimento, plenamente justificadas as atividades médicas impostas já que eram em vista do bem final maior²⁶.

Esse posicionamento, contudo, desconsidera a pessoa do paciente, sua personalidade própria, suas crenças e desejos pessoais e sua capacidade de tomar decisões, em especial no que diz respeito à sua vida e saúde, decisões da esfera mais íntima da pessoa.

Essa relação de cunho paternalista e vertical preponderou por muito tempo e ainda se apresenta em muitas relações médico-paciente²⁷, quer por postura médica, quer pela própria conduta do paciente. A postura paternalista traz benefícios também para o paciente que não precisa tomar a frente em decisões difíceis que dizem respeito à sua própria vida. Por comodismo, medo, incapacidade ou mesmo condicionamento social, tende a seguir a orientação do profissional sem maior questionamento ou interferência.

²⁶ Nesse sentido refere Sgreccia: “Não podemos, porém, deixar de mencionar o facto de que, na ética médica hipocrática, a relação médico-paciente era fundada no modelo de beneficência: a obrigação fundamental do médico era libertar o paciente da doença, do sofrimento e da injustiça, propondo-se a realizar o bem do paciente. Em nome desse bem, o objectivo era conseguido geralmente por meio da autoridade do médico, cuja responsabilidade principal era tomar todas as decisões no melhor interesse do paciente, e muito facilmente se podia cair naquilo a que, com conotação negativa, se chamou paternalismo médico. Nesse modelo, por exemplo, a informação dada ao paciente era modulada pelo médico de molde a convencer o doente, e eventualmente mesmo a constrangê-lo a “agir para o seu próprio bem”, mesmo quando isso custasse sacrifícios que, nesse momento, o doente não quisesse enfrentar. No melhor interesse do paciente, podia, além disso, justificar-se, em algumas circunstâncias, até mesmo calar certas informações, manipular a verdade, intervir sem pleno consentimento”. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 279.

²⁷ Aponta Marcos de Almeida: “[...] tais atitudes de paternalismo benevolente têm caracterizado, em grau maior ou menor, o comportamento da grande maioria dos médicos em relação aos seus pacientes nos últimos 2.500 anos. Ninguém negaria que esse modelo continua permeando boa parte da prática médica contemporânea”. ALMEIDA, Marcos de. Comentários sobre os princípios fundamentais da bioética: perspectiva médica. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian (Org.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996. p. 60.

A postura paternalista pode inclusive gerar distorções, como a não elucidação do quadro para um paciente capaz, deduzindo-se que o melhor para ele naquele momento seria o desconhecimento do mal que lhe acomete.

Esse comportamento é denominado paternalista na medida em que o profissional da saúde trata o paciente como um pai trata um filho menor, tomando para si as decisões difíceis e das quais não tem ele a capacidade de compreensão de todas as variáveis envolvidas, em prol de seu bem-estar.

Contudo, o médico frente a um paciente, maior e capaz, ao agir com essa postura, menospreza seu potencial de compreensão e de tomada de decisão, não raro infantilizando-o ao desconsiderar sua capacidade e assumindo para si a responsabilidade da decisão.

Na área assistencial, em especial, é essa postura médica a maior barreira para se assegurar a autonomia de ação do paciente. Não se desconhece que a orientação da atividade médica, ao longo dos tempos, segue a orientação hipocrática. Segundo o juramento hipocrático, realizado pelos médicos, ao adquirir o grau específico, cabe a este, de acordo com o seu julgamento e conhecimento, fazer o que for possível em prol de seu paciente.

O juramento é o mais famoso dos escritos do médico Hipócrates de Cós. É o escrito mais curto do *corpus hippocraticum* e influenciou a cultura ocidental, possivelmente pela universalidade dos deveres que descreve, tanto que “o texto se tornou modelo de todos os códigos de ética adotados pelos médicos e até profissionais de outras áreas”²⁸.

O Código de Ética médica brasileiro, de 2009, é exemplo da influência dos antigos escritos gregos, mantendo dentre seus princípios fundamentais o dever de agir em benefício do paciente e de não lhe causar danos²⁹.

²⁸ Os autores apresentam o texto original em grego e a tradução: “Juro por Apolo médico, Asclépio, Hígia, Panacéia e todos os deuses e deusas, e os tomo por testemunha que, conforme minha capacidade e discernimento, cumprirei este juramento e compromisso escrito: [...] utilizarei a dieta em benefício dos que sofrem, conforme minha capacidade e discernimento, e além disso repelirei o mal e a injustiça; [...] em quantas casas eu entrar, entrarei em benefício dos que sofrem evitando toda injustiça voluntária e outra forma de corrupção”. CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR. Wilson A. **Textos Hipocráticos**: o doente, o médico e a doença. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. pp. 151-152.

²⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=8822>. Acesso em: 22 nov. 2015.

Nota-se, contudo, que esse comportamento estritamente paternalista está em alteração. Embora detentor do conhecimento específico com relação à doença do paciente, o médico é, nesta relação, o prestador do serviço procurado pelo paciente, que permanece sendo *“o agente principal da gestão da sua própria saúde”*³⁰.

Osswald relata que, em verdade, tem-se como precursor dessa alteração do comportamento da relação médico/paciente, não um médico, mas sim o Papa Pio XII, que em Congresso com médicos, ainda no ano de 1952, refere: *“o médico não tem sobre o doente, senão os direitos que este lhe confere”*³¹.

Desta forma, fica claro a necessidade de entrosamento e sintonia de forma que a decisão possa ser tomada considerando a autonomia das duas partes envolvidas. Isso porque, embora reconhecimento do que em bioética se convencionou a chamar de respeito à pessoa, não há como se desconsiderar a autonomia também do médico. Não há inversão dos papéis, até porque o paciente, embora sujeito dotado de capacidade, não detém as informações e o conhecimento profissional necessários.

Propõe-se o envolvimento das partes para a tomada da decisão em matéria de cuidados da saúde, de forma a encontrar, dentre as ações possíveis e legais, a que melhor atende ao interesse do paciente na fase em que se encontra.

Admite-se, por óbvio, tratar-se de relação difícil *“porque é uma relação assimétrica ditada pela necessidade e pela doença”*³², de forma que permanecerá sempre certa superioridade médico-científica, de quem é o detentor do conhecimento necessário para combater a doença e a morte, vistas aqui como um mal a ser vencido. Contudo, ao se adotar como um ideal ético a necessidade de interação e consideração pela pessoa do doente, altera-se a visão sobre a relação médico-paciente.

A exigência do consentimento do paciente para os atos médicos a serem praticados, pois, passa a ser uma exigência ética, dentro da ideia de respeito à sua pessoa.

Com o fim de possibilitar ao paciente sua intervenção ativa nesse processo de tomada de decisão, diante da existência de assimetria entre os sujeitos dessa relação, é essencial que sejam prestadas informações claras e seguras que permitam compreender

³⁰ Cfr. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 276.

³¹ Cfr. OSSWALD, Walter. Limites do consentimento informado. In. ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de direito da bioética**. v. 3. Coimbra: Almedina, 2009. p. 153.

³² Cfr. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 273.

a situação, as opções que se apresentam e os riscos e benefícios associados a cada opção proposta.

A obtenção desse consentimento não deve ser tratada como mera etapa burocrática a ser vencida, mediante a oposição da assinatura do paciente em um documento do qual não tenha ele a perfeita compreensão, mas sim *“no fornecimento de uma quantidade suficiente de informação para que o paciente seja capaz de uma decisão razoável”*³³.

A forma de interação entre médico e paciente permite muitas variações; deve-se, contudo, ter sempre a cautela de não deixar o paciente desassistido.

Sgreccia refere além dos dois modelos contrapostos desse relacionamento, que identifica como sendo o paternalista³⁴ e o informativo³⁵, outras duas possíveis formas de interação desses sujeitos, que são, o modelo interpretativo³⁶ e, por fim, o deliberativo³⁷ no qual ambos os sujeitos teriam participação efetiva na tomada de decisão, apresentando-se esse como paradigma a ser privilegiado.

³³ Cfr. ALMEIDA, Marcos de. Comentários..., p. 63.

³⁴ De acordo com o autor: “É a instauração da relação com o médico que assegura ao paciente a recepção de todas as intervenções que melhor promovam a sua saúde e o seu bem-estar. E é competência do médico identificar todas as intervenções diagnósticas e terapêuticas que melhor possam servir para essa finalidade e que no momento oportuno apresentará, com informações selecionadas, ao próprio paciente, com a finalidade de obter seu consentimento. [...] Neste modelo, presume-se que haja meios objetivos para determinar o que será melhor para o paciente e, assim sendo, o médico poderá decidir com a mínima participação deste. Na prática, o médico representa também o tutor do paciente e as suas escolhas prevalecem sobre a autonomia do paciente”. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 281.

³⁵ De acordo com o autor: “[...] a interação com o paciente serve para que o médico lhe forneça todas as informações relativas ao diagnóstico, às terapias e aos riscos de cada uma delas, depois do que, com o assentimento fundamental do paciente, executará as intervenções selecionadas que forem requeridas. Nesse modelo, presume-se que, relativamente ao tratamento diagnóstico-terapêutico, os factos sejam estritamente distintos dos valores; assim sendo, e assumindo que o paciente tenha os seus próprios valores bem definidos, aquilo que lhe falta é conhecer os factos; e a obrigação do médico é, pois, fornecer-lhe todas essas informações para que o paciente possa decidir-se por um tratamento em vez de outro. Não há espaço para os valores do médico, nem para aquilo que ele pensa sobre os valores do paciente. [...] A autonomia do paciente exerce, assim, um estreito controlo sobre o processo decisional do médico”. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 277.

³⁶ De acordo com o autor: “O papel da relação médico-paciente é ajudar o paciente a reflectir sobre os valores e a atribuir um significado às suas escolhas, de forma a que, para além das informações sobre riscos e benefícios das intervenções específicas, o médico ajude o paciente a argumentar sobre os seus valores e a escolher entre as intervenções aquelas que melhor realizem valores específicos”. O autor reconhece que é um modelo interessante embora limitador porquanto os profissionais não têm preparo na atividade de conselheiros e poderiam exercer uma influência maior sobre o paciente, limitando a capacidade de decisão deste. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 278.

³⁷ De acordo com o autor: “O médico deverá agir como um professor ou um irmão mais velho do paciente, informando-o sobre os aspectos clínicos e os valores implicados em cada intervenção. Trata-se de um verdadeiro caminho moral que o médico e paciente deverão empreender para chegar à decisão, caminho esse no qual o médico tem um papel muito activo, ao indicar ao paciente o que deverá fazer e que metodologia deverá utilizar para chegar a uma decisão. A autonomia do paciente tem o significado de poder avançar nessa auto-realização moral a que se chega depois de ter examinado os diversos valores em conflito e a sua implicação no tratamento que deve ser aplicado”. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 278.

Saliente-se que, já é pressuposto da relação, acolhida pela classe médica, a necessidade do consentimento do paciente para a realização de atos de intervenção na sua saúde, corpo ou mente. Assim, de forma mais ou menos paternalista, haverá a necessidade de interação dos sujeitos dessa relação. O que ocorre é que nas relações de modelo dito paternalista, a intervenção do profissional será de forma mais impositiva, enquanto que nas demais, embora possa exercer certa persuasão, haverá maior interação com o paciente.

Com efeito, é reconhecido que *“é na interação entre o médico e o paciente que o processo terapêutico deveria acontecer”*³⁸. Considerando as peculiaridades e os bens que estão no centro dessa relação, um modelo inter-relacional, que permita ambas as partes manifestarem suas posições, com vistas à tomada de decisão que concilie interesses maiores, é o mais atrativo.

1.4 O consentimento informado

A teoria do consentimento informado parte do pressuposto da capacidade da pessoa em participar das decisões que digam respeito à sua vida e saúde.

Tanto na área assistencial como na de investigação, a imposição de ações ao sujeito deve ser debatida dentro de conceitos éticos. Embora áreas com finalidades e atividades diversas, por vezes se conjugam, de forma que o doente pode ser também o investigado. Em qualquer dos casos, há o consenso da necessidade do consentimento do sujeito da pesquisa e/ou do paciente para o ato que se pretenda realizar.

Mesmo quando a ideia da autonomia individual não era tão delineada se reconhecia a importância do esclarecimento das circunstâncias envolvidas em ações tomadas nas questões de saúde. Esse consentimento ganhou maior relevância nas questões ligadas à área investigativa, para a qual se direcionaram a elaboração de regras. Seguiu seu curso transferindo-se para a área assistencial cotidiana do encontro entre paciente e seu médico.

Na área da pesquisa com seres humanos, os danos causados à saúde em razão de utilização da pessoa como objeto para o experimento, que sequer tinha conhecimento de que isso estava por ocorrer, levaram ao questionamento do direito à informação. Os relatos de atrocidades ocorridas, em especial na segunda guerra mundial, em que

³⁸ Cfr: CLOTET, Joaquim. **Bioética uma aproximação**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p.228.

prisioneiros em campos de concentração eram utilizados como cobaias para os experimentos, sem saber que estavam sendo sujeitados a experiências, guiaram a discussão para a necessidade de respeito à pessoa e, de consequência, a sua autonomia³⁹.

Ganha relevância o chamado *informed consent*, termo já utilizado nos Estados Unidos, com aplicação tanto na área investigativa como assistencial⁴⁰. No campo assistencial em especial, esse instrumento pretende a proteção e promoção da autonomia do paciente, que participará do processo de tomada de decisão, após esclarecido suficientemente das variáveis envolvidas no seu caso, de forma a permitir a tomada de decisão livre e racional.

Em ambas as áreas há, portanto, dois elementos preponderantes envolvidos, quais sejam, a informação e o consentimento livre⁴¹.

Clotet ao tratar do consentimento informado, conceitua como sendo uma decisão voluntária, manifestada por uma pessoa autônoma e capaz, após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou de experimentação, consciente dos riscos, benefícios e das consequências. Reconhece que é uma condição indispensável na relação médico/paciente ou pesquisador/investigado⁴².

É, pois, um instrumento importante de interação do médico/pesquisador com o paciente/investigado, que permite o respeito à autoridade da própria pessoa e como tal não pode se converter em uma mera etapa burocrática na qual o médico/pesquisador se limite a colher uma assinatura do paciente/investigado.

³⁹ Na Alemanha nazista muitos são os relatos de atrocidades cometidas em prol da ciência. Sgreccia relaciona: "Houve prisioneiros judeus, polacos, russos e italianos que, segundo as atas do processo de Nuremberga, foram submetidos a cruéis experimentações de fármacos, gases e venenos; muitas dessas experimentações implicaram a morte, com dores atrozes. [...] Contam-se ainda experimentações envolvendo cortes de ossos, músculos, nervos; injeções de vacinas de presumíveis soros anticâncer, de hormonas, etc.[...] Tudo motivado por uma presumida supremacia da ciência atrás da qual se escondia apenas a razão do Estado". SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 749.

⁴⁰ O termo utilizado não é o único. Na língua portuguesa também é utilizado "consentimento livre e esclarecido". Esclarece Clotet: "Num primeiro momento, é importante destacar que "consentimento informado" é tradução da expressão inglesa *informed consent*. Na língua portuguesa, particularmente no Brasil, emprega-se também o termo "consentimento livre e esclarecido", que é tradução do termo francês *consentement libre et éclairé* e a utilizada nas resoluções da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) aprovadas pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde (CNS)". CLOTET, Joaquim. **Bioética...**, p. 227.

⁴¹ Refere Junges: "O ato de consentimento deve ser genuinamente voluntário e basear-se na revelação adequada das informações. Nesse sentido, engloba elementos de informação e elementos de consentimento. Fazem parte do primeiro a revelação das informações em conformidade com o nível de captação do doente e de sua compreensão adequada; do segundo, o consentimento voluntário e a competência para o consentimento". JUNGES, José Roque. **Bioética**; perspectivas e desafios. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 43.

⁴² Cfr: CLOTET, Joaquim. **Bioética...**, p. 228.

O consentimento informado é um processo e não um ato, que culminará no documento redigido e assinado. Ressalte-se que é um processo de respeito à autonomia na medida em que admite a capacidade de autodeterminação da pessoa quando de posse de dados que permitam a tomada de decisão. Daí porque pressupõem por parte do profissional a prestação de informações, na medida da necessidade e da capacidade do agente que a recebe.

Não é um documento que deva ser utilizado para fins da prática da medicina defensiva⁴³. Muito mais do que as questões legais envolvidas, tanto o dever de informar o paciente/investigado como o de cumprir com o que acordarem para fins de tratamento/investigação, deve ser considerado como uma obrigação moral do médico.

É possível identificar fases distintas nesse processo. Embora doutrinariamente as teorias elenquem mais ou menos etapas, todas identificam como necessário uma fase em que sejam fornecidos os esclarecimentos, que estes sejam compreendidos e que seja prestado o consentimento voluntariamente⁴⁴.

As informações devem ser prestadas com clareza, na medida da necessidade e da capacidade da pessoa para quem se fornece os dados, tornando-a apta a decidir. A utilização de termos excessivamente técnicos para leigos, sem uma explicação do que

⁴³ Pithan destaca: “Atualmente, muitos profissionais utilizam o referencial da chamada “Medicina Defensiva”, que consiste, dentre outras práticas, na redução do processo de consentimento informado a um documento escrito, denominado “Termo de Consentimento Informado” ou “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” visando alcançar a segurança inerente a uma relação contratual, assemelhando-o a um contrato de adesão. Entretanto, o contrato de adesão e o Termo de Consentimento Informado têm natureza e objetivos distintos, impossibilitando, assim, a manutenção da perspectiva defendida pela “Medicina Defensiva”. Inicialmente, esta prática não corresponde a uma atitude eticamente adequada, pois fere o princípio da autonomia da vontade e da beneficência; [...]” FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. **Rev HCPA**, Porto Alegre, v. 27, n.2, p. 78, 2007. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/download/2568/1226>>. Acesso em: 15 jun. 2015. p. 78.

⁴⁴ Raymundo e Goldim relatam: “Dan English ampliou para quatro o número de elementos necessários para que um consentimento informado seja considerado válido: fornecimento de informações; compreensão; voluntariedade e o consentimento propriamente dito. Já Beauchamp e Faden estabeleceram que o processo de consentimento informado é composto de três etapas que envolvem sete diferentes elementos. A primeira é a etapa das precondições, incluindo a capacidade para entender e decidir e a voluntariedade no processo de tomada de decisão. A segunda compreende os elementos da informação, ou seja, a explicação sobre riscos, benefícios e alternativas e sua respectiva compreensão. A terceira é a dos elementos de consentimento propriamente ditos, na qual a pessoa decide em favor de uma opção e autoriza a realização dos procedimentos propostos”. RAYMUNDO, Márcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. Apontamentos sobre o processo de consentimento com ênfase na autorização por representação em substituição ao consentimento por procuração. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. pp. 69-70.

realmente se trata, não atinge a finalidade pretendida. É importante que a linguagem utilizada seja clara e sem ambiguidades, permitindo-se o entendimento⁴⁵.

O médico permanece com o dever de buscar o que é melhor para o paciente, mas deve ter em mente que este é um ser capaz de tomar suas próprias decisões, daí porque prestar as informações passa a ser uma obrigação médica⁴⁶.

A veracidade é um requisito que deve ser sempre observado. O médico tem, pois, além da obrigação de prestar as informações, o dever de passá-las de forma verdadeira, mas dentro do que se fizer necessário. Não implica na necessidade de esmiuçar questões técnicas, de difícil compreensão pelo paciente. Mas a veracidade exige que a informação seja correta e permita a tomada de decisão de acordo com a realidade e não de forma a enganar o paciente, propositadamente ou não⁴⁷.

Há casos em que o paciente notadamente não tem interesse em se inteirar da sua situação, o que é relativamente comum, em especial no caso de graves doenças⁴⁸. Naturalmente que a obrigação ética do médico de respeito à pessoa do paciente também fará com que observe a negativa em receber informações e exigirá que seja hábil em fornecê-las na medida em que a pessoa mostra ter capacidade para assimilá-las. Não lhe cabe, porém, inverter fatos ou dizer algo que não esteja de acordo com a verdade.

⁴⁵ Importante a análise apresentada por Goldim: "A avaliação do componente de informação inclui a análise da dificuldade de leitura dos Termos de Consentimento Informado. Em alguns estudos sobre estes documentos, utilizados tanto em situações de pesquisa quanto de assistência, todos os Termos apresentaram estrutura de texto considerada difícil ou muito difícil. A estrutura do texto e o vocabulário utilizado devem sempre ser adequados aos participantes. Devem ser acessíveis e permitir que a pessoa entenda adequadamente a proposta que lhe está sendo feita. Em um estudo com 59 participantes de projetos de pesquisa, a maioria dos participantes afirmou ter recebido explicações prévias (52,8%), ter compreendido as informações (55,9%), não ter recebido resposta às suas dúvidas (76,3%) e achado inacessível o Termo de Consentimento Informado (74,6%)". GOLDIM, José Roberto. O consentimento..., p. 112.

⁴⁶ Oliveira refere: "Decidir em vez do doente era a obrigação do médico hipocrático. Mas o nascimento da teoria dos direitos fundamentais e o reconhecimento da autonomia dos cidadãos modificou a relação terapêutica e temperou o princípio da beneficência. O médico continua a jurar, como dantes, que procurará o bem do paciente; mas o paciente hoje não é um incapaz. É um centro autónomo de decisão, tem o direito de recusar um tratamento, por mais recomendável que seja. E para recusar, ou admitir, um tratamento, precisa de obter a informação relevante. Se o médico não lha dá actua com negligência, e lesa o direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde". OLIVEIRA, Guilherme de. O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos. In: ____ (Org.). **Temas de direito da medicina** 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 113.

⁴⁷ Nesse sentido ver GOLDIM, José Roberto. O consentimento..., p. 113.

⁴⁸ Kubler-Ross identifica como primeiro estágio pelos quais passa um paciente com doença em fase terminal é a da negação, ou pelo menos uma negação parcial. A forma como é dada a comunicação da má notícia também tem interferência na postura adotada pelo paciente. Refere a autora: "Essa negação ansiosa proveniente da comunicação de um diagnóstico é muito comum em pacientes que são informados abrupta ou prematuramente por quem não os conhece bem ou por quem informa levemente "para acabar logo com isso", sem levar em consideração o preparo do paciente". KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 44.

Também é necessário identificar a capacidade daquele que recebe as informações. Não se está a falar apenas em capacidade legal. Reconhecidamente, dependendo da situação fática, mesmo um adolescente relativamente incapaz, por exemplo, tem compreensão, possibilitando sua participação na tomada de decisão em matéria de cuidados de saúde.

Naturalmente que, ao se estabelecer um documento, deverá se verificar também a capacidade legal para firmá-lo. Especial relevância terá a capacidade legal quando se tratar de diretivas antecipadas, porquanto somente poderão ser realizadas por quem está na sua plena capacidade mental e legal, considerando as peculiaridades envolvidas, como se verá adiante.

Há que se verificar, porém, a capacidade de compreensão da situação posta e de entendimento das informações que se lhe forem prestadas⁴⁹, quando então deverá ser envolvida no processo de decisão sobre questões que digam respeito ao seu corpo e à sua vida.

A capacidade que se busca é a necessária para tomar decisões, a qual exige certas habilidades por parte do paciente, tais como *“a possibilidade de envolver-se no assunto, compreender ou avaliar as alternativas e comunicar a sua preferência”*⁵⁰.

A forma de avaliação dessa capacidade ainda é discutida e não há um consenso na maneira segura de fazê-lo. Não há, pois, um método seguro que permita afirmar quando o indivíduo adquire sua capacidade plena. Ademais, há adultos legalmente capazes que por vezes não apresentam autonomia para lidar com suas questões diárias. Por outro lado, mesmo crianças podem ter capacidade de lidar com determinadas situações, mesmo que delicadas.

A mensuração da capacidade, pois, dependerá de cada caso concreto, mas estará em análise a capacidade de compreender a situação e as alternativas, e de consentir.

Outro dado importante no consentimento informado é que deve ser preponderantemente voluntário. A decisão em consentir ou não com um determinado

⁴⁹ Preleciona Goldim: “A capacidade para entender e decidir não tem uma dependência direta com a idade da pessoa. Muitas crianças e adolescentes podem já ter este entendimento e podem participar ativamente do processo de consentimento, mesmo que sem valor legal associado. Os idosos também têm o direito de participar do processo de consentimento. Muitas vezes são considerados como sendo não mais capazes de tomar decisões, mas em grande parte das vezes este fato não se comprova. Em uma pesquisa, realizada pelo nosso grupo, envolvendo estudos feitos com idosos foi verificado que várias pessoas que foram tidas por suas famílias como sendo incapazes de entender e tomar decisões eram plenamente capazes disto”. GOLDIM, José Roberto. O consentimento..., p. 112.

⁵⁰ Cfr: RAYMUNDO, Márcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. Apontamentos..., p. 71.

procedimento, cirurgia, terapia, participação em pesquisa, etc., exige que parta da pessoa de forma livre. Faz-se necessário verificar se a pessoa não está sendo coagida por quem presta as informações, por situações familiares ou de cunho religioso.

É bem verdade que todo o doente está em uma situação mais vulnerável. Isso porque toda e qualquer doença não permite manter o controle total. A pessoa se torna dependente, precisando ao menos de uma indicação médica quanto ao que deve ser feito. Contudo, a voluntariedade que aqui se perquire é aquela que, mesmo em estado de doença, possibilite decidir de acordo com o seu melhor interesse.

Goldim refere que *“as pessoas com voluntariedade preservada organizam a sua vida com base em um conjunto de crenças, valores, interesses, desejos e objetivos”*⁵¹, os quais permitem uma decisão única para cada pessoa.

Trata-se de considerar a autonomia da pessoa, dentro dos limites da sua capacidade. O indivíduo deverá ter capacidade de compreensão, de discernimento, de tomada de decisão e de manifestação de sua vontade.

As informações prestadas devem conter todos os dados básicos que permitam a tomada de decisão, que seriam a indicação clara das alternativas existentes, com as respectivas consequências, tanto no que diz respeito aos riscos a que será exposta como também os benefícios associados.

Para ilustrar a situação, imagine-se uma pessoa com doença avançada de câncer, cujo ingresso na pesquisa com novos medicamentos poderia lhe conceder uma sobrevida, enquanto que a sua recusa ao tratamento experimental apenas a levaria a aguardar o fim que se aproxima. Em uma rápida avaliação custo/benefício é possível perceber que a expectativa de sobrevida se apresenta melhor do que a não sujeição ao tratamento.

O exemplo, contudo, tratou da questão com bastante simplicidade. Outros fatores podem influenciar na decisão, sendo necessário perquerir os efeitos colaterais desse tratamento, o tempo de sobrevida e as expectativas pessoais para esse período. Enquanto para algumas pessoas a sujeição a um tratamento experimental pode ser benéfica e encorajadora, para outras pode ser dolorosa e degradante. De igual maneira, para algumas pessoas o benefício associado pode ser tão relevante que torne insignificante os riscos e para outras o menor risco a se correr pode ser maior que um significativo benefício.

⁵¹ Cfr: GOLDIM, José Roberto. O consentimento..., p. 114.

A situação concreta é que definirá a exigência de maior ou menor capacidade para consentir. *“O pressuposto é o de que aceitar uma situação favorável ou recusar uma situação desfavorável atende aos melhores interesses da própria pessoa, não sendo exigida alta capacidade para a tomada de decisão”*⁵².

No exemplo acima citado, se forem poucas as opções, com baixo risco envolvido e a possibilidade de um benefício, a tendência será a de aceitar o tratamento proposto. Já a recusa de um tratamento que possa trazer benefícios ou a aceitação de um que pode não agregar benefícios, exige uma maior capacidade de consentir.

Todo o processo de consentimento informado deve ainda observar os requisitos da confidencialidade e da privacidade, que permeiam a relação médico/pesquisador com o paciente/sujeito de pesquisa.

Verifica-se que a inclusão do paciente/sujeito de pesquisa na tomada de decisão entre participar ou não de um experimento não é barreira para o desenvolvimento científico, senão que alia a essa pretensão também o cuidado e o respeito que se deve ter com cada ser humano.

Representa o respeito à pessoa, com o reconhecimento de que os parâmetros e os limites a serem utilizados variam de indivíduo para indivíduo. Igualmente, essa inclusão afirma a capacidade da pessoa em compreender o que lhe é ofertado e, assim, participar da tomada de decisão em matéria de cuidados da saúde.

É a constatação de que todo indivíduo, quer seja para cuidados com sua própria saúde, quer para fins de investigação, deve participar ativamente nas decisões que se fizerem necessárias.

Nesse sentido, pois, pode-se dizer que o consentimento informado respeita a dignidade individual, afasta o risco de influências e estimula uma decisão racional com respeito aos cuidados de saúde. Serve como um incentivo a parceria entre o doente e o profissional da saúde⁵³.

A teoria do consentimento informado parte do pressuposto que conferir informação ao paciente é capacitá-lo, permitindo que a decisão que afete à sua esfera íntima parta dele próprio⁵⁴.

⁵² Cfr. RAYMUNDO, Márcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. Apontamentos..., p. 72.

⁵³ Cfr. OSSWALD, Walter. Limites..., p. 153.

⁵⁴ Nesse sentido refere Bem Rich, que pela clareza da conclusão segue reproduzida: “The modern view, which pervades the informed consent doctrine, is that knowledge is power, and therefore forthright disclosure of pertinent medical information to patients is empowering. The governing ethical principle is that of respect for individual autonomy. Autonomy is a recognition of what legal philosopher Charles Fried

Os Códigos de Deontologia médica incorporaram a teoria e estabelecem tanto a obrigação do médico de prestar as informações quanto a necessidade do consentimento por parte do paciente nas diversas situações de intervenção médica⁵⁵.

1.5 O paciente como condutor primeiro das disposições sobre sua saúde e vida

Tratou-se até aqui das questões referentes à investigação e assistência, pois discussões de ordem bioética em geral e sobre o consentimento informado em particular foram desencadeadas, com maior ênfase, na área da pesquisa.

Também deve ser considerado que a pessoa pode ser, ao mesmo tempo, paciente e investigado na pesquisa sobre a doença ou de determinado medicamento⁵⁶.

O interesse dessa tese, contudo, considerando seu objeto, diz respeito à pessoa enquanto paciente e a sua relação com os profissionais da área da saúde nessa condição. É a pessoa que, diante da doença, decide se sujeitar ou não a determinados tipos de tratamentos e até mesmo experimentos, mas com fins terapêuticos agregados.

Em matéria de cuidados da saúde o modelo paternalista está em questionamento, tendo a relação médico-paciente evoluído para uma relação baseada no respeito pela autonomia, evolução está que *“revelou-se célere e imparável”*⁵⁷.

characterizes as the «moral fact» that a person belongs to him or her self, not to anyone else and not to society. Intimate and important decisions that profoundly affect one's personal identity and the course of one's life must be left to the individual if we are going to recognize and respect the authority of the self". (Livre tradução: "A visão moderna, que permeia a doutrina do consentimento informado, é que o conhecimento é poder, e, portanto, a divulgação direta de informações médicas pertinentes aos pacientes é capacitar. O princípio ético que rege é a do respeito à autonomia individual. A autonomia é um reconhecimento do que o filósofo Charles Fried caracteriza como o "fato moral" que uma pessoa pertence a ele ou ela própria, e a mais ninguém, nem a sociedade. Decisões íntimas e importantes que afetam profundamente a própria identidade pessoal e o curso da vida de alguém devem ser deixadas para o indivíduos se queremos reconhecer e respeitar a autoridade pessoal".) RICH, Ben A. *Advance ...*, pp. 63-97.

⁵⁵ A título de exemplificação, ver: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009....**

ORDEM DOS MÉDICOS. **Código de Deontológico** (português – arts. 45 e 48). Disponível em: <<https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>>. Acesso em: 20 out. 2015.

ORDRE NATIONAL DES MEDECINS. **Code de Déontologie Médicale** (art. 35 e 36). 2012. Disponível em: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015

ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL ESPAÑOLA. **Código de Ética y Deontología Médica** (art. 10). 1999. Disponível em: <<http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁵⁶ Sgreccia ao tratar a pesquisa quando aplicada ao doente distingue “a experimentação com fins terapêuticos, ou seja, a que é feita com a intenção de curar o próprio paciente, da experimentação clínica pura, feita simplesmente com a finalidade de definir os dinamismos do fármaco (ou até de uma técnica cirúrgica)”. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 748.

⁵⁷ Cfr: OSSWALD, Walter. **Limites...**, p. 151.

Da análise de documentos internacionais e as devidas incorporações nas legislações pátrias verifica-se que o caminho trilhado é pela concessão, cada vez maior, de autonomia para o paciente.

Dentro da doutrina do consentimento informado, que pressupõe a decisão livre mediante prévio e devido esclarecimento, a decisão deve ser do paciente. O reconhecimento da autonomia do paciente confere maior respeito às decisões de quem está se sujeitando ao tratamento e/ou à experiência.

Não quer com isso dizer que o paciente deva ficar a sua própria sorte. O médico deve lembrar que não há como o paciente tomar sua decisão sem as suas orientações e aconselhamentos. Pretende-se que, nesta relação, o paciente indique os limites que acredita suportar e enfrentar.

Saliente-se que todo e qualquer tratamento, terapia e medicamento serão utilizados pelo paciente, de forma que ele é a própria medida do que tem ou não condições de suportar, observados seus valores pessoais e os desejos que projete para o futuro.

A informação prestada de forma correta e adequada, indicando as alternativas e respectivas consequências, capacita o paciente que passa a ter condições de tomar a decisão que reputar mais adequada na circunstância em que se encontra. Pode então decidir se submeter ou não aos tratamentos propostos, exercendo seu direito de autodeterminação, no que diz respeito a seu corpo e sua vida.

A decisão do paciente não retira a responsabilidade dos profissionais da saúde em prestarem os cuidados que se fizerem necessários. Igualmente, é importante que o médico tenha em mente que, ainda que um tratamento não seja aceito pelo paciente, este é merecedor de cuidados e de atenção até o momento final de sua existência. Nesse sentido, a prática dos cuidados paliativos, que será analisado detalhadamente no item 2.4, já com alguma evidência, deixa claro o ideal de humanização do processo de morrer.

O reconhecimento da autonomia do paciente e a necessidade de respeito as suas convicções pela equipe médica, nas mais diversas situações, são um avanço. Em situações de fim de vida, e diante da possibilidade de execução de tratamentos cada vez mais invasivos, dolorosos e de caráter extraordinário, ganham relevância as manifestações pessoais.

Sem dúvida que, em muitos casos, a opção por uma medida extraordinária, ou não, se apresenta sem possibilidade de prévio contato e esclarecimento ao paciente.

Nos casos de urgência não há dúvidas de que a decisão é do profissional médico que não pode aguardar. A orientação, de forma unânime, é que nessas circunstâncias devem prevalecer conceitos de beneficência.

E, quando a comunicação com o paciente já não é mais possível, e não há indicação segura da sua opção, *“impõe-se uma muito íntima colaboração entre a equipa de saúde (já que a opinião profissional deve ser a resultante de uma reflexão do grupo e não de um de seus membros) e os familiares ou amigos que porventura se sintam mais próximos ao paciente”*⁵⁸.

Tal recomendação leva em consideração o fato de que parentes mais próximos, em tese, tem conhecimento dos valores do paciente e poderiam replicar a sua vontade. Contudo, isso nem sempre é uma verdade, pois não raro há divergências entre os próprios familiares, cada qual tomando para si a incumbência de dizer qual é essa vontade.

Nesta sequência surgem as diretivas antecipadas de vontade como um ato que permite a manifestação prévia dos tratamentos que a pessoa está disposta ou não a se submeter, assim como para traçar metas de cuidado que pretende, ou ainda, nomear uma pessoa para que sirva de interlocutor e possa tomar as decisões que lhe caberiam no momento em que estiver incapacitada. Se o paciente estiver com condições de comunicação e entendimento, contudo, a interação médico/paciente se impõe.

Quer se trate de uma simples consulta médica na qual há a recomendação de um determinado medicamento, acatado pelo paciente, ainda que tacitamente, comprovado pela adesão ao que foi proposto, quer na condução de um problema de saúde mais grave, que por vezes transcorre até a morte, a interação é possível e recomendável. O acompanhamento de uma doença, da sua detecção até o ponto de ser considerada como uma doença terminal, permite essa interação com discussão das alternativas de tratamento disponíveis e respectivas consequências, permitindo que o paciente opte por tratamentos que entenda benéfico ou rechace tratamentos que apenas agreguem sofrimento, sem benefício algum associado.

Ocorre, contudo, que por vezes a doença se instala e não há mais a possibilidade de interação, quer porque o assunto não foi tratado no momento em que o diálogo era possível, quer porque a situação de risco à vida do paciente ocorre de forma abrupta e inesperada.

⁵⁸ Cfr: OSSWALD, Walter. Limites..., p. 155.

Os debates maiores se apresentaram em situações que não permitiram uma interação prévia e a decisão do tratamento a ser seguido é colocada inteiramente nas mãos da equipe médica, que diante do problema de saúde, opta por uma terapia que pode ser entendida como extraordinária. Deve ser considerada também a impossibilidade de se projetar com certeza o resultado que será obtido, de forma que, em algumas ocasiões, a decisão médica tomada, como de uma reanimação, pode deixar o paciente com graves sequelas.

As situações que geram maior debate são as mais extraordinárias, quais sejam as relativas à manutenção do suporte vital – mais especificamente hidratação e alimentação – em paciente em estado vegetativo persistente, sem possibilidade de reversão do quadro clínico apresentado.

Em muitos casos a discussão ultrapassa a esfera dos profissionais da área da saúde, chegando aos Tribunais. As decisões judiciais permitem verificar os argumentos que permeiam, em verdade, não só a esfera judicial, mas também as esferas pessoal e social, pois para além de fundamentos jurídicos que possam ser tratados há também debates de ordem ética.

1.6 Quando a manifestação não é mais possível – casos que chegaram à justiça

Casos paradigmáticos permitem a análise dos argumentos que se agregam ou se contrapõem, sempre que em debate questões relativas à vida e ao seu fim.

Decisões judiciais variam de um país para outro. Constata-se a interferência da cultura local na postura adotada. Mesmo com o passar do tempo, as situações relativas ao fim de vida permanecem como fonte de grande controvérsia e debate, envolvendo temas relativos ao direito à vida e ao fim digno, ambos permeados pela questão da prevalência ou não da autonomia da pessoa.

No ano de 1975 chegou aos tribunais americanos o caso da jovem Karen Ann Quinlan. Aos 22 anos a paciente foi internada já em estado de coma, por causas não esclarecidas. Passados alguns meses a família decidiu pelo desligamento dos aparelhos que mantinham a respiração artificial. O médico, que em um primeiro momento tinha concordado com a decisão da família, se negou a fazê-lo. Os pais, então, recorreram ao tribunal que, ao final, assegurado da irreversibilidade do quadro, por sete votos a zero, autorizou o desligamento. A paciente, contudo, sobreviveu por mais nove anos, sem o

uso de respirador e sem qualquer melhora no seu estado neurológico, falecendo em junho de 1985, aos 31 anos de idade⁵⁹.

Também nos Estados Unidos da América são tratados como paradigmático o caso de Nancy Cruzan⁶⁰, que sofreu um acidente de carro no ano de 1983 permanecendo em estado vegetativo persistente até o ano de 1990, quando por decisão judicial foram desligados os aparelhos e a paciente veio a falecer, e o de Terri Schiavo⁶¹, também mantida por suporte vital, desde o acidente ocorrido em 1990, até sua morte em março de 2005, quando da retirada dos aparelhos. Ambas as situações foram levadas aos tribunais, com a diferença que no caso Cruzan a família estava de acordo com a retirada dos aparelhos, e no caso Schiavo a família de origem não concordava com a decisão do marido que pretendia suspender o suporte vital.

O debate também passou pelos tribunais ingleses. Na tragédia ocorrida no ano de 1989 no Hillsborough Football Stadium, em Sheffield, em partida pela semifinal da Taça da Inglaterra, adeptos tentaram aceder ao estádio e foram esmagados contra uma vedação que tinha sido erguida para impedir a entrada, com um resultado de 95 mortes. Antony Bland, um torcedor de 17 anos, embora tenha sobrevivido, teve danos irreversíveis no cérebro. O caso foi parar nos tribunais porque o médico decidiu informar ao juiz encarregado das mortes no estádio o que pretendia fazer. Perquerindo o que seria melhor para o paciente, a decisão do tribunal inglês, no ano de 1993, decidiu pela autorização da suspensão do suporte vital⁶².

Em 2008 a Itália se deparou com situação similar. O caso Eluana Englaro teve decisão favorável ao pai, autorizando que fossem desligados os aparelhos que a mantinham viva, mas causou grande comoção social com fortes manifestações de grupos

⁵⁹ MCCARRICK, P.M. Ethics committees in hospitals. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, v.2, n.3, p.285-306, 1992. O caso Karen Ann Quinlan. Disponível em:

<<http://www.bioetica.ufrgs.br/karenaq.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

⁶⁰ VLEX UNITED STATES. **Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health, 497 U.S. 261 (1990)**. Disponível em: Id. vLex: VLEX-19969603 <<http://vlex.com/vid/cruzan-v-director-dept-health-19969603>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

⁶¹ Relato do caso, ver VEATCH, Robert M. **The Basics of Bioethics**. 3rd ed. New York: Pearson, 2012. p. 103.

⁶² Questões da mesma natureza permanecem sendo tratadas na Inglaterra. Em recente notícia, o jornal Metro de Londres informa o desligamento do suporte vital da bebê Olivia Stanca. Embora em um primeiro momento os pais tenham resistido ao desligamento dos aparelhos, com o agravamento da situação do pequeno bebê acabaram por concordar com a decisão médica. A chamada referia: "FAMILY agree to withdraw life support from 'little fighter': garden of tears as parents spend last hours with baby". **Metro**, London, February 19, 2015, p. 21 (Livre tradução: "Família concorda com a retirada do suporte vital do 'pequeno lutador': jardim de lágrimas enquanto os pais passam últimas horas com o bebê").

de defesa da vida. Contudo, foram desligados os aparelhos e Eluana, que já estava há 17 anos em estado vegetativo, faleceu.

Não restam dúvidas do conteúdo midiático do tema, pois trata de questões referentes à vida e à morte e, como tal, dizem respeito a todos. A grande repercussão na imprensa e os calorosos debates que situações dessa natureza geram indicam a preocupação da sociedade com o tema, embora nem sempre a discussão seja feita de forma clara, com apresentação de argumentos racionais. Não raro o que ocorre são apelos midiáticos que colocam posições antagônicas as quais cada um se filia, sem informações corretas e manifestações fundamentadas sobre as questões de fim de vida⁶³.

Importante salientar que nos casos relatados, em que a situação do paciente é de estado vegetativo persistente, e como tal sem a possibilidade de reversão, não se está a falar de casos de morte encefálica, conceito de morte aceito em vários países, porquanto naquele há permanência de atividades cerebrais, ainda que a parte cerebral superior esteja definitivamente comprometida.

Nesses casos de EVP, atividades vitais básicas somente são possíveis com o auxílio de aparelhos. A manutenção dos aparelhos permite o prolongamento das atividades vitais por muito tempo, como se pode ver pelos casos relatados. A retirada dos aparelhos permite a morte do paciente, em curto espaço de tempo.

Naturalmente que, também no campo da neurologia, a evolução científica é um dado, de forma que, do momento em que se estabeleceu o critério científico de morte cerebral, com a adoção do relatório da Harvard Brain Death Committee, em 1968, até o

⁶³ Nesse sentido cabe citar a descrição do Médico José Camargo quando da comoção gerada em torno do pedido de suspensão do suporte vital de Eluana Englaro: "A morena bonita com o belo sorriso que ilustrou os jornais de todo o mundo na discussão italiana sobre o direito de morrer não existia mais há muito tempo. A jovem de 21 anos que sofrera o trágico acidente naquele verão de 92 já não sorria, não reconhecia ninguém, nem respirava por conta própria. Por isso não me pareceu justo que as matérias na mídia mundial fossem ilustradas por fotos de um passado morto. Para a família, estas imagens só existiam em porta-retratos e na dolorosa parede da memória. Em estado vegetativo, era um ser inerte, disforme e alienado. As contraturas e a atrofia muscular determinaram que todas as articulações ficassem deformadas e rígidas. O lindo cabelo preto já não brilhava e fora cortado bem curto, porque assim era mais fácil mantê-lo razoavelmente limpo apesar dos vômitos e das regurgitações e da saliva que, não sendo mais engolida, teimava em escorrer pelos lados da boca e a formar poças atrás da nuca, na junção com o traveseiro de plástico. Os olhos amendoados na foto sorridente não tinham mais nenhuma expressão, vagavam perdidos na falta de horizontes e exigiam um cuidado constante porque a tendência de se manterem semiabertos e sem as piscadelas protetoras determinava uma conjuntivite crônica com a presença permanente de crostas". CAMARGO, J. J. O sagrado direito de morrer. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, n. 15880, 15 fev. 2009.

momento atual, aparelhos e exames sofisticados permitem que seja estabelecida com maior segurança a irreversibilidade do estado vegetativo.

O desligamento dos aparelhos que mantém a vida artificialmente, deixa a morte se instalar de forma definitiva. Não há própria antecipação, ainda que a retirada dos tubos implique na morte da paciente. Vale ressaltar que é o prolongamento indefinido e degradante do processo de fim de vida que se pretende interromper, considerando a inexistência de interação do paciente com o mundo e com os outros.

O debate é atual e permanente. A análise dos fundamentos expostos em julgamentos sobre o tema permite obter fortes argumentos em prol da defesa de uma vida com qualidade, que implique igualmente o direito de morrer com dignidade, e de autodeterminação da pessoa quanto ao seu corpo e sua vida.

O direito à vida é assegurado pelas modernas Constituições. O seu conteúdo, porém, é motivo de interpretação. Em regra, verifica-se que a interpretação segue um sentido literal, de proteção e manutenção da vida, considerando o corpo físico. Assim, existindo sinais vitais e mantida alguma atividade cerebral há uma forte tendência para proteção do corpo físico. O arrefecimento desse entendimento ocorre apenas em situações extremas e, ainda assim, não de forma unânime.

Nos países de tradição anglo-saxónica, como Inglaterra e Estados Unidos, percebe-se uma maior facilidade de tratamento do tema do que nos países de tradição romana, possivelmente em decorrência da diferença de cultura e da influência religiosa. É possível constatar essa diferença quer pelos argumentos expostos nas decisões judiciais, como pela repercussão que os casos geraram no meio da comunidade.

A título de exemplo pode-se citar a diferença na condução do caso Antony Bland, na Inglaterra, ainda nos anos 90 e o tratamento do caso Eluana Englaro na Itália, já no ano de 2008.

A situação de Bland apenas chegou aos tribunais em razão da circunstância peculiar em que o acidente ocorreu, pois na Inglaterra é comum a suspensão de alimentação nos casos em que não se verifica nenhum benefício para o paciente. A decisão considerou precipuamente o fato da irreversibilidade da situação, sem maiores perquirições, nem mesmo de sua provável vontade pessoal⁶⁴.

⁶⁴ Singer analisa o caso inglês com seus detalhes. SINGER, Peter. **Escritos sobre uma vida ética**. Lisboa: Dom Quixote, 2008. pp. 191-196.

Já na situação da italiana Eluana houve uma verdadeira comoção nacional, com interferência do Estado na tentativa de se evitar que desligassem os aparelhos, em oposição à decisão judicial, que considerou a vontade presumida da paciente na situação em que se encontrava. As posições contrárias ao desligamento dos aparelhos tinham clara indicação religiosa⁶⁵.

Em ambas as decisões houve debate sobre a preservação da vida, prevalecendo, contudo, argumentos relativos à autonomia do paciente, ainda que presumida.

Decisões que negam o direito de interrupção de tratamento, em especial nos casos limites, como a do suporte vital, fundamentam-se, em regra, no direito à vida, considerando-a inviolável em qualquer circunstância.

O contraponto, pois, a esse direito à vida estaria na possibilidade de disposição em contrário da própria pessoa, visto tratar-se de direito personalíssimo. Assim, surge espaço para as declarações antecipadas de vontade, que permitem a projeção da autonomia da pessoa para o momento em que sua manifestação não seja mais possível.

Sem pretensões de se realizar estudo de caso, passa-se, contudo, ao estudo de julgamentos sobre o tema, que permitam a análise de argumentos e situações.

Os acórdãos serão apresentados de acordo com a ordem cronológica de julgamento, datando o primeiro julgamento do ano de 1990 e o último do ano de 2015. Foram selecionadas decisões proferidas pelas Cortes Americana, Argentina, Italiana e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que analisa decisão proferida pela Corte Francesa.

A escolha visa demonstrar que o tema transpassa o tempo e o lugar. É tema debatido nas sociedades democráticas e plurais, mas sempre permeado de controvérsias. Os fundamentos expressados nos quatro acórdãos demonstram que a despeito da passagem do tempo, decisões quanto ao fim de vida são difíceis, não lineares e demandam cuidado maior no seu julgamento.

⁶⁵ Durante o período em que o assunto esteve na mídia, utilizaram-se fotos de Eluana anteriores ao acidente, não retratando a realidade da paciente depois de 17 anos em coma. Os defensores da vida não consideravam a falta de dignidade a que estava sujeita a paciente nesse processo de morrer, tão pouco a ausência de expectativas de real melhora. O debate tornou-se bastante acirrado na Itália, com manifestação da Igreja Católica e de representantes do Estado italiano. Após a supressão da alimentação, a morte de Eluana ocorreu mais rápido do que o previsto e suscitou novos questionamentos, a levantar a dúvida sobre a utilização de substância que tenha antecipado a morte. Contudo, após o falecimento de Eluana, o assunto saiu da pauta. Notícia sobre o caso na internet. EUTANÁSIA: morre na Itália Eluana Englaro. **O Globo**, 10 fev. 2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/eutanasia-morre-na-italia-eluana-englaro-3576051>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

1.6.1 Estados Unidos da América, 1990. Caso Nancy Cruzan⁶⁶

O acórdão em análise foi proferido pela Suprema Corte Norte Americana no ano de 1990, tendo por base o caso da americana Nancy Cruzan.

Nancy sofreu grave acidente de carro em 11.01.83, aos 24 anos. Foi encontrada voltada com o rosto para baixo em um córrego, sem respiração ou batimento cardíaco detectável. Os paramédicos foram capazes de restaurar as funções respiratórias e cardíacas e a transportaram para o hospital em estado de inconsciência. Um neurocirurgião diagnosticou a possibilidade de dano cerebral permanente, devido à falta de oxigênio. Estimou-se o tempo de anoxia⁶⁷ em 10 a 12 minutos. O Tribunal de Missouri considerou que um dano cerebral permanente ocorre, em regra, depois de 6 minutos em estado de anoxia. A paciente ficou em coma por três semanas e o quadro evoluiu para um estado de inconsciência no qual mantinha condições de se alimentar parcialmente. Para facilitar sua alimentação foi introduzida sonda de alimentação e hidratação, procedimento autorizado pelo marido.

Dez meses após o acidente, a paciente foi internada em um hospital público. Todas as tentativas de reabilitação foram malsucedidas, comprovando que ela não teria condições de recuperar a vida de relação. Foi considerada em estado vegetativo persistente, qual seja, exibindo reflexos motores, mas sem indicação significativa das funções cognitivas.

Quando ficou evidente de que Nancy não teria nenhuma chance de recuperar suas faculdades mentais, a família solicitou ao hospital a supressão dos procedimentos de nutrição e hidratação artificial. Os profissionais não concordaram com o pedido sem uma prévia autorização judicial.

Ingressaram, então, com pedido perante o Tribunal do Estado, que autorizou a suspensão da alimentação e hidratação artificial, considerando que uma pessoa nas condições em que se encontrava Nancy tem o direito fundamental de recusar procedimentos que prolongam o processo de morte, como também considerou a manifestação a uma colega de que ela não desejaria continuar a viver com severas restrições.

⁶⁶ VLEX UNITED STATES. **Cruzan...**

⁶⁷ Em medicina, relaciona-se com a ausência de oxigênio no cérebro, principalmente. Se for prolongada, pode resultar em lesão cerebral e levar o paciente a óbito. WIKIPÉDIA. **Anóxia**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/An%C3%B3xia>>. Acesso em: 20 set. 2015.

A Suprema Corte do Missouri reverteu essa decisão. Embora reconhecesse o direito à recusa de tratamento, consubstanciada na lei e na doutrina do consentimento informado, expressou seu ceticismo quanto à aplicação da doutrina no caso, entendendo que a manifestação de Nancy para a colega era insuficiente para o propósito de determinar sua intenção de viver ou morrer, estando nas condições atuais⁶⁸.

O caso, então, foi levado a Suprema Corte Americana sob o argumento de violação de um direito constitucional, alegação rejeitada por cinco votos a quatro.

O acórdão, aqui objeto de análise, proferido em 25 de Julho de 1990, embora tenha rejeitado o pedido é, sem dúvida, paradigmático.

Como refere Dworkin, foi o primeiro caso em que a Suprema Corte Americana reconheceu o direito das pessoas competentes de recusar suporte vital. Em decorrência do julgamento, os Estados americanos reformularam suas leis e hoje contam com dispositivos legais que permitem honrar as manifestações antecipadas nesse sentido⁶⁹.

Os argumentos debatidos neste acórdão, pois, merecem análise.

Ao voto pela rejeição do relator C.J. Rehnquist aderiram os juízes White, O'Connor, Scalia e Kennedy com apresentação de novos argumentos por parte de O'Connor e Scalia. Apresentaram votos divergentes os juízes Brennan e Stevens, aderindo ao voto daquele os juízes Marshall e Blackmun.

O voto do relator perpassa julgamentos diversos, provenientes de vários estados-membros da federação americana, sobre a recusa de tratamento, e constata a análise individualizada das circunstâncias que envolvem cada caso. No referido voto, há referência ao fato de que é o primeiro julgamento feito pela Suprema Corte Americana do que denomina de «direito de morrer»⁷⁰. Ainda, menciona as esferas de interferência do Estado nas decisões pessoais dos indivíduos.

O Relator admite o direito à recusa de tratamento baseado na doutrina do consentimento informado, estabelecido na lei civil, com referência também aos julgamentos de acordo com a regra constitucional de direito à privacidade. Com base na

⁶⁸ Relatório apresentado no voto do Juiz William Rehnquist. Acórdão em análise. pp. 5-6.

⁶⁹ *Cfr.* DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 265.

⁷⁰ Nesse sentido: "This is the first case in which we have been squarely presented with the issue of whether the United States Constitution grants what is in common parlance referred to as a "right to die"". (Livre tradução: "Este é o primeiro caso que nos é diretamente apresentado a questão de saber se a Constituição dos Estados Unidos garante o que na linguagem comum é referido como o "direito de morrer"). Acórdão em análise. p. 10.

Emenda 14⁷¹, reconhece a liberdade de escolha conferida aos indivíduos que somente pode ser afastada se observado o processo legal.

Refere, contudo, que o Estado pode fazer exigências para se assegurar da real intenção do paciente incompetente, estando coerente com a posição de defesa do direito à vida, ao qual confere proteção quando pune o homicídio ou mesmo o auxílio ao suicídio⁷². Ao argumento de que a pessoa incompetente teria os mesmos direitos que a pessoa competente, reafirma que exigências maiores podem ser feitas nesse caso.

Assim, entende que a escolha pela recusa do tratamento é eminentemente pessoal, mas que é conferida ao Estado a possibilidade de fazer exigências probatórias aguçadas para salvaguardar o elemento pessoal dessa escolha quando se trata de pessoa que se tornou incompetente para manifestar sua vontade.

No caso específico, reconhece a insuficiência da prova da real vontade da paciente apenas decorrente de manifestação feita à colega de quarto de que não gostaria de viver se não tivesse ao menos a capacidade para metade de suas atividades, como era do caso⁷³.

⁷¹ Amendment XIV - SECTION. 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State where in they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". (Livre tradução: Alteração XIV - SEÇÃO. 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à jurisdição deste, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado poderá fazer ou aplicar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem nenhum Estado pode privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis"). INTERACTIVE CONSTITUTION. The Constitution of the United States of America. Disponível em <<http://constitutioncenter.org/constitution/full-text>>. Acesso em: 08 set. 2015.

⁷² Nesse sentido: "As a general matter, the States - indeed, all civilized nations - demonstrate their commitment to life by treating homicide as serious crime. More over, the majority of States in this country have laws imposing criminal penalties on one who assists another to commit suicide". (Livre tradução: "De um modo geral, os Estados - na verdade, todas as nações civilizadas - demonstram o seu compromisso com a vida, tratando o homicídio como crime grave. Mais ainda, a maioria dos Estados-Membros neste país têm leis que impõem sanções criminais a quem assiste outra a cometer suicídio). Acórdão em análise. p. 12.

⁷³ No relatório há referência à prova produzida, com base na qual, no julgamento de primeira instância, foi deferido o pedido dos parentes para suspensão da alimentação e hidratação: "The court also found that Nancy's "expressed thoughts at age twenty-five in somewhat serious conversation with a housemate friend that, if sick or injured, she would not wish to continue her life unless she could live at least halfway normally suggests that, given her present condition, she would not wish to continue on with her nutrition and hydration". (Livre tradução: "O tribunal também constatou que os pensamentos expressos por Nancy, aos vinte e cinco anos, em conversa um tanto séria, com uma colega de quarto, de que se doente ou ferida, ela não queria continuar sua vida, a menos que tivesse metade de uma vida normal, sugere que, dada a sua condição presente, ela não gostaria de continuar com sua nutrição e hidratação"). Acórdão em análise. p. 5.

Reforça a importância da decisão pessoal em questão de vida e morte e entende como prudente a posição pela não retirada do suporte sem estar assegurado da vontade da paciente, pois se um erro fosse cometido, este seria irreversível, já que a retirada do suporte vital causaria a morte de Nancy.

Embora a concordância entre os parentes de Nancy e a alegação de que deveria ser aceito o julgamento substituto de membros familiares próximos, sustentou-se que decisões desse porte não podem ser proferidas por ninguém mais além da própria pessoa, sob o argumento que manifestações dos familiares podem não ser totalmente isentas e nem estarem de acordo com a vontade do paciente.

A decisão afirma os termos do julgamento da Suprema Corte do Missouri, pelo indeferimento do pedido de suspensão do suporte vital que mantém a paciente Cruzan.

A Juíza O'Connor apresenta manifestação no mesmo sentido, com vistas a deixar claro que é reconhecido o direito a recusa de tratamento e que a sonda de alimentação e hidratação é compreendida como procedimento médico e como tal também passível de ser retirado⁷⁴. Ressalta que a decisão no caso apenas confirma que as exigências do Estado no caso concreto não violam a Constituição.

⁷⁴ Nesse sentido: "Artificial feeding cannot readily be distinguished from other forms of medical treatment. See, e.g., Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association, AMA Ethical Opinion, Withholding or Withdrawing Life-Prolonging Medical Treatment, Current Opinions (1989); The Hastings Center, Guidelines on the Termination of Life-Sustaining Treatment and the Care of the Dying (1987). Whether or not the techniques used to pass food and water into the patient's alimentary tract are termed "medical treatment," it is clear they all involve some degree of intrusion and restraint. Feeding a patient by means of a nasogastric tube requires a physician to pass a long flexible tube through the patient's nose, throat and esophagus and into the stomach. Because of the discomfort such a tube causes, "[m]any patients need to be restrained forcibly, and their hands put into large mittens to prevent them from removing the tube." [...] Requiring a competent adult to endure such procedures against her will burdens the patient's liberty, dignity, and freedom to determine the course of her own treatment. Accordingly, the liberty guaranteed by the Due Process Clause must protect, if it protects anything, an individual's deeply personal decision to reject medical treatment, including the artificial delivery of food and water". (Livre tradução: A alimentação artificial não pode ser prontamente distinguida de outras formas de tratamento médico. Ver, por exemplo, Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association, AMA Ethical Opinion, Withholding or Withdrawing Life-Prolonging Medical Treatment, Current Opinions (1989); The Hastings Center, Guidelines on the Termination of Life-Sustaining Treatment and the Care of the Dying (1987). Quer ou não as técnicas utilizadas para passar alimentos e água em trato alimentar do paciente são chamadas de "tratamento médico", e é claro que todas elas envolvem algum grau de intrusão e contenção. A alimentação por meio de um tubo nasogástrico requer um médico para passar o tubo longo e flexível através do nariz, garganta e esôfago para dentro do estômago do paciente. Por causa do desconforto que o tubo causa "alguns (muitos) pacientes precisam ser contidos à força, as suas mãos amarradas para impedi-los de retirar o tubo." [...] Exigir de um adulto competente aguentar tais procedimentos contra a sua vontade retira-lhe a liberdade, dignidade e possibilidade para determinar o curso de seu próprio tratamento. Assim, a liberdade garantida pela cláusula do devido processo deve proteger, se não mais, a decisão profundamente pessoal de um indivíduo de rejeitar o tratamento médico, incluindo a alimentação e hidratação artificial"). Acórdão em análise. pp. 19-20.

Também o juiz Scalia, ao apresentar seus argumentos, reconhece a possibilidade de recusa de tratamento, embora siga o voto do relator que entende pela imposição de exigências maiores, por parte do Estado do Missouri, para permitir o desligamento dos aparelhos.

Chama a atenção que os cinco votos que confirmaram a decisão da Suprema Corte do Missouri, pela não supressão do suporte de alimentação e hidratação no qual Nancy era mantida, reconheceram como direito fundamental da pessoa a disposição de seu próprio corpo e de sua vida, incluindo a possibilidade de recusa de tratamento. Embora encaminhem o voto pela manutenção do tratamento no caso concreto, afirmam a autonomia da pessoa capaz e a impossibilidade do Estado intervir nesses casos, o que corrobora que a decisão foi um marco no posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos.

O voto divergente do magistrado Brennan, acompanhado por Marshall e Blackmun, sustenta o direito de Nancy de não permanecer em uma vida mantida artificialmente por aparelhos. Refere que a tecnologia médica de hoje cria uma zona nebulosa na qual a morte começa enquanto a vida, de alguma forma, continua⁷⁵. Declara expressamente que Nancy tem o direito de escolher morrer com dignidade.

Importante questão é levantada no voto divergente com relação à prova da intenção do paciente. Enquanto a maioria dos magistrados entendeu constitucional a exigência da prova da vontade da pessoa incompetente de que recusaria tratamento nessas circunstâncias, o voto divergente refere que essa exigência impõe uma carga probatória assimétrica. Argumenta que a situação crítica em que a pessoa se encontra conduz mais à conclusão de que ela não gostaria de permanecer sob o tratamento, considerando a irreversibilidade do quadro e o fato de que não mais estará sujeita a sentimentos e emoções. Nesta situação a manutenção da existência corpórea não teria sentido, de forma que, ao contrário, a exigência deveria ser quanto à prova da vontade de ser mantida em tratamento, mesmo nesta situação.

⁷⁵ No original: "Medical technology has effectively created a twilight zone of suspended animation where death commences while life, in some form, continues. [...] Nancy Cruzan has dwelt in that twilight zone for six years". Acórdão em análise. p. 28.

Prossegue o magistrado referindo que da mesma forma que o Estado não pode substituir a escolha de Nancy diretamente, também não pode fazê-lo indiretamente por meio de imposições processuais exageradas⁷⁶.

O voto divergente ainda questiona o que seria considerado como evidência clara e convincente da decisão de recusa de tratamento, já que são desconsideradas as manifestações familiares e de amiga. Entende que como colocado, apenas uma manifestação formal e em vida do paciente, quando competente, iria atender a solicitação, o que já não era mais possível. Analisa, então, que a ausência de uma disposição sobre final de vida, com a qual a paciente possivelmente sequer tenha tido tempo de executar, não pode ser interpretada como pretensão de manutenção de todo tratamento disponível.

Destaca-se, em especial, esse voto, pelo argumento firme de que permitir determinações sobre o próprio tratamento médico implica no respeito a que toda pessoa é merecedora. Admite que as questões de cuidados com o próprio corpo são guiadas por interesses e valores individuais, de forma que esse deve ser o parâmetro para a decisão sobre o que deve ser feito. Sustenta que se trata de um aspecto da liberdade protegido pela cláusula do devido processo assegurado pela Décima Quarta Emenda Constitucional Americana. Contudo, é mais flexível à medida que não exige prova exacerbada desse valor, sob pena de que na ausência de documento contendo expressamente a disposição antecipada de vontade pudesse haver tratamento discriminatório, obrigando a pessoa a se submeter a todo e qualquer tratamento, mesmo que contra sua dignidade intrínseca.

Os votos divergentes seguem pelo caminho de que em situações de incompetência do paciente devam ser promovidos meios que permitam avaliar o melhor interesse deste, descabendo ao Estado se sobrepor a essa decisão. No caso, consideram o fato de que familiares referem que Nancy iria querer a suspensão do tratamento, reforçando que este seria o melhor interesse da paciente.

Como debatido no acórdão, o interesse do Estado na manutenção do tratamento de Nancy não encontra argumento sólido. Apenas referem à proteção do direito à vida, mas em nenhum momento é analisada a qualidade com que essa vida transcorre. Há referências de que o Estado apenas pretende a manutenção da vida com intenção educativa que possa ter sobre outras situações, rebatendo que embora válidas

⁷⁶ No original: "Just as a State may not override Nancy's choice directly, it may not do so indirectly through the imposition of a procedural rule". Acórdão em análise. p. 34.

iniciativas de promover o respeito pela santidade da vida, esse intento não pode ser buscado infringindo direitos constitucionalmente protegidos⁷⁷.

Trata-se do acórdão mais antigo selecionado para exame e o que expressa de forma mais contundente a possibilidade de disposição do próprio corpo, como um direito de liberdade assegurado para o indivíduo, e sobre o qual o Estado somente poderia intervir se respeitado o devido processo legal. A despeito do resultado de improcedência, salienta-se que os argumentos apresentados são importantes para demonstrar que questões relativas à vida e ao viver, e de igual forma a morte e o morrer, dizem respeito à esfera pessoal do indivíduo que por isso é quem está capacitado para a melhor tomada de decisão.

O acórdão também é coerente na posição de que, em se tratando de direito existencial da pessoa, decisão desse porte não pode ser delegada para terceira pessoa, mesmo que familiar próximo. Por não haver comprovação segura do que o paciente decidiria é que foi negado o direito de suspensão do tratamento.

O acórdão abre as portas para as manifestações antecipadas relativas aos cuidados de saúde que uma pessoa quer ou não se submeter, justamente pelo risco de, na ausência de manifestação clara, tratamentos degradantes e fúteis pudessem ser prolongados por tempo indefinido.

A título de informação, cabe referir que em agosto daquele mesmo ano de 1990, os parentes de Nancy Cruzan ingressaram com novo pedido. Apresentaram novas provas, que foram acolhidos em primeira instância, autorizando o desligamento dos aparelhos. Não houve recurso e, em dezembro daquele ano, após desligados os aparelhos, Nancy faleceu⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. Acórdão em análise. p. 55.

⁷⁸ Nesse sentido: *"No túmulo de Nancy Cruzan consta a seguinte indicação: Nascida em 20 de julho de 1957; Partiu em 11 de janeiro de 1983; Em paz em 26 de dezembro de 1990"*. GOLDIM, José Roberto. **Caso Nancy Cruzan**: retirada de tratamento. 2005. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/nancy.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

1.6.2 Argentina, 2005. Caso M.d.C.S.⁷⁹

O acórdão proposto refere-se ao julgamento do recurso interposto pelo marido da paciente M.d.C.S., em estado vegetativo permanente desde o ano de 1998.

A paciente, aos 32 anos, em razão de complicações pós-parto teve falta de oxigenação prolongada, causando dano cerebral com prognóstico de irreversibilidade. No mesmo ano de 1998, reconhecida a incapacidade da paciente, o marido A.G. é nomeado curador. Em 25 de outubro de 2000 ingressou com pedido de autorização para interromper a alimentação e hidratação artificiais de sua esposa, fundamentando o pedido nas orientações dos médicos especialistas em neurologia, acompanhado de documentos que apresentam as opiniões de eclesiásticos, declarações da Associação Médica Mundial, do Comitê de Ética, Direito e Humanidades, entre outros, que avalizam a solicitação.

No mesmo ano, os pais e a irmã da paciente ingressaram na ação, opondo-se ao pedido de supressão da alimentação e hidratação.

O pedido é negado pelo Tribunal de Família e o requerente A.G interpõe recurso a Corte Suprema da Província de Buenos Aires. Perante a Corte Suprema, é proferido o parecer do Procurador-Geral, seguindo-se dos votos dos sete juízes que a compõem⁸⁰.

No parecer do Procurador-Geral, em que opina pela manutenção da decisão de primeiro grau, há referência aos votos proferidos naquela instância. O citado voto da Juíza Maria Julia Abad bem reflete o argumento da primazia do direito a vida, entendendo este como um bem supremo e fundamento de todos os demais bens e direitos, pelo que, dele não pode dispor nem a pessoa detentora desse bem, nem os tribunais⁸¹.

⁷⁹ VLEX Argentina. **Sentencia de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 9 de Febrero de 2005 (caso Causa C 85627)**. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/causa-c-36910459>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

⁸⁰ A decisão é introduzida e indica os julgadores, da seguinte forma: “En la ciudad de La Plata, a 9 de febrero de 2005, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en El Acuerdo 2078, que deberá observarse El siguiente orden de votación: doctores Hitters, Roncoroni, Negri, Kogan, Genoud, Soria, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 85.627, “S., M. d. C.”. (Livre tradução: “Na cidade da Prata, em 9 de fevereiro de 2005, tendo sido estabelecido, de conformidade com o disposto no Acordo 2078, que deverá observar-se a seguinte ordem de votação: doutores Hitters, Roncoroni, Negri, Kogan, Genoud, Soria, Pettigiani, se reúnem os senhores juízes da Suprema Corte de Justiça em acordo ordinário para pronunciar sentença definitiva na causa Ac. 85.627, “S., M. d. C.”) Acórdão em análise. p. 6.

⁸¹ Nesse sentido: [...] La Dr. Abad afirma: “la vida es el valor supremo de la persona humana. Es decir que frente a ese valor, no hay otro que pueda superarlo. La vida humana fundamento de todos los restantes bienes y derechos, no resulta disponible ni por las personas que son titulares de dicho bien, ni por los

No julgamento pela Suprema Corte os sete juízes enfrentam, inicialmente, questões de ordem processual e, após, ingressam no debate de fundo relativo ao direito ou não de se desligar os aparelhos da paciente M.d.C.S.

A decisão proferida em fevereiro de 2005 foi unânime em negar provimento ao recurso. Manteve, pois, a decisão pela impossibilidade de interrupção do suporte vital. Os fundamentos utilizados, contudo, variaram, sobressaindo à inexistência de manifestação da paciente e de indícios irrefutáveis de que nas condições em que se encontrava teria optado pela suspensão do tratamento.

Dos votos proferidos o de maior ênfase na defesa do direito à vida é do Juiz Pettigiani⁸². Analisa os critérios de morte encefálica e reconhece que pelo quadro comprovado da paciente ainda existem atividades cerebrais. Embora expresse o paradoxo de se estar frente a uma vida humana que vive sem vida, em razão do estado vegetativo permanente atestado, sustenta que enquanto há vida há esperança, de forma que entende não poder se autorizar a supressão de alimentação e hidratação.

O voto proferido apresenta uma série de circunstâncias similares e deixa antever o receio de que uma decisão favorável seja uma porta para novos casos. Embora não expresse de forma tão clara, é o temor da chamada «encosta escorregadia»⁸³, vale dizer, a autorização poderia ser mal interpretada, entendida como uma liberação para a eutanásia.

Ingressa no debate relativo ao enquadramento do suporte vital fornecido à paciente, qual seja limitado à alimentação e à hidratação artificial, que entende não poder ser considerado tratamento fútil ou extraordinário. Ao contrário, sustenta o caráter ordinário da medida e refere que sua administração não corresponde a uma terapia, mas a satisfação, por vias alternativas, de uma necessidade do corpo humano.

Em sentido contrário o voto da Juíza Kogan refere que não se pode tratar a alimentação e a hidratação artificiais genericamente como um suporte vital básico.

tribunales". (Livre tradução: "A vida é um valor supremo da pessoa humana. Implica em dizer que frente a esse valor não há outro que possa superá-lo. A vida humana é fundamento de todos os demais bens e direitos, não é disponível nem pelas pessoas que são titulares desse direito, nem pelos tribunais.) Acórdão em análise. p. 2.

⁸² Cfr. Acórdão em análise. pp. 44-60.

⁸³ Rebatendo o argumento da «encosta escorregadia» ver DWORKIN, Ronald. **Domínio...**, p. 279 e SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 223.

Reconhece que no caso da paciente M.d.C.S. essa terapia não contribui em nada para a evolução de seu quadro médico⁸⁴.

Kogan reconhece ainda que o direito à vida deve se harmonizar com o direito à autonomia, à autodeterminação e à liberdade individual de cada ser humano, de forma que deve ser acatado o direito de um paciente competente e devidamente informado de recusar tratamento médico.

Esse direito, porém, deve ser exercido pela própria pessoa, pois se trata de direito personalíssimo, concluindo que não pode ser delegado à terceira pessoa o direito de rechaçar a um tratamento, ainda mais quando levaria a morte.

Nesse mesmo sentido, seguem os votos dos Juízes Hitters e Rancoroni.

No voto proferido pelo Juiz Hitters é feita a análise tanto do consentimento informado, concluindo pela possibilidade da pessoa rechaçar tratamentos médicos desmedidos e desproporcionais, a chamada distanásia. Contudo, quando da análise relativa à substituição da manifestação da parte, entende o magistrado que, ao contrário da tradição de origem não românica, como a estadunidense, não há previsão no ordenamento argentino para que terceiro possa decidir sobre a vida do paciente⁸⁵.

O voto do Juiz Rancoroni, por sua vez, refere que o direito de morrer com dignidade é um direito personalíssimo e, como tal, só pode ser exercido pela própria pessoa. Não admite a possibilidade de ser manifestado por um terceiro que não teria como saber os desejos e vontades do titular da vida, concluindo que se a própria pessoa

⁸⁴ Refere a Juíza em seu voto: “Si bien algunos autores han tildado a La alimentación e hidratación artificiales como una medida proporcionada de tratamiento, calificándola como “soporte vital básico”, no puedo sostener genéricamente esa premisa. Así, más allá del valor simbólico que culturalmente tienen la alimentación y la hidratación, deben atenderse las circunstancias de cada caso y la posibilidad de que produzcan algún resultado favorable al enfermo. En el caso de M. d. C., esa terapia no ha contribuido a la evolución de su cuadro médico”. (Livre tradução: Se bem que alguns autores tratam a alimentação e hidratação artificial como uma medida proporcional de tratamento, qualificando-a como “suporte vital básico”, não posso apoiar genericamente a essa premissa. Assim, acima do valor simbólico que culturalmente tem a alimentação e hidratação, devem atender-se as circunstâncias de cada caso e a possibilidade de que produzam algum resultado favorável ao enfermo. No caso de M.d.C., essa terapia não contribui para a evolução de seu quadro médico”). Acórdão em análise. p. 35.

⁸⁵ Refere o Juiz em seu voto: “Es decir, que en nuestro derecho positivo no se encuentra permitido trasladar una decisión tan extrema (suspender La alimentación e hidratación artificial que com llevaría a la muerte) a um sujeto distinto del próprio afectado en forma inmediata”. (Livre tradução: “Significa dizer, que em nosso direito positivo não é permitido transferir uma decisão tão extrema (suspender a alimentação e hidratação artificial que levaria a morte) a um sujeito distinto do próprio afetado de forma imediata”). Acórdão em análise. p. 14.

exerce esse direito morrendo, já o terceiro exerceria esse direito matando ou deixando o outro morrer⁸⁶.

Prossegue o magistrado referindo à impossibilidade de se buscar por opiniões ou provas de manifestações descontextualizadas da paciente e sua real intenção. É preciso muito mais que a manifestação de uma opinião. Exige-se a identificação dos valores, crenças, sonhos, temores, amores e dores, enfim, de toda história da pessoa que permita identificar como espera sua morte⁸⁷.

Reconhecem os magistrados, e é expresso no voto do Juiz Soria, que não era de se esperar que a paciente, ao se internar para dar à luz ao seu quarto filho, se prevenisse com a indicação de um procurador ou se manifestasse sobre como gostaria que se agisse caso se encontrasse em EVP. Em verdade, reconhece o Juiz que não se exige, nem culturalmente, menos juridicamente, que as pessoas realizem exame profundo de sua consciência que permita uma tomada de posição nesse sentido.

Ainda que a maioria dos votos indique o reconhecimento da possibilidade de autodeterminação que permita decisão pela não manutenção da vida, quando desprovida de qualquer sentido, bem como de que a situação da paciente M.d.C. é de EVP, sem possibilidade de reversão, consideraram a ausência de manifestação prévia e a falta de prova da intenção da própria paciente, aliada a divergência familiar, fatos relevantes a indicar pela manutenção do suporte vital que a atende.

⁸⁶ “Mas este derecho a morir com dignidad (al igual que su contracara y necesario presupuesto: el derecho a vivir de idéntica manera o derecho a la vida que, incluye, la facultad de elegir cómo terminar dignamente com ella en situaciones como la descrita) es un derecho personalísimo, inherente a la persona y que, como tal, solo puede ser ejercido por su titular. No se concibe que el mismo pueda ser ejercido por un tercero con total ignorancia de lo que podría desear o querer el titular de esa vida. **Pues si este lo ejerce muriendo, el tercer o lo ejercería matando o dejan do morir a otro**”. (Grifo meu). (Livre tradução: “Mas esse direito de morrer com dignidade (como o seu necessário pressuposto: o direito de viver de idéntica maneira o direito a vida que, inclui, a facultade de eleger como terminar dignamente com ela em situações como a descrita) é um direito personalíssimo, inerente a pessoa e que, como tal, só pode ser exercido por seu titular. Não se concebe que o mesmo possa ser exercício do por um terceiro com total ignorância do que poderia desejar ou querer o titular dessa vida. Pois se este o exerce morrendo, o terceiro o exerceria matando ou deixando morrer o outro”). Acórdão em análise. fl.17.

⁸⁷ Refere o Magistrado: “En mi opinión aún cuando concedamos a esas manifestaciones validez y veracidad, carecen de la más mínimas eficacia para arrojar la certeza que buscamos sobre la fidedigna e inequívoca voluntad de M. d. C. de cómo actúen una concreta situación similar a la que hoy protagoniza. No es un cambio de pareceres u opiniones entre amigas sobre una hipotética y abstracta situación com lo que tampoco contamos en autos, ni el mero conjeturar en torno a lo que una de ellas habría deseado, lo que configura la plena prueba que nos deposita en los campos de la certeza que buscamos”. (Livre tradução: “Na minha opinião, mesmo quando concedemos a essas manifestações validade e veracidade, carecem de eficácia, mesmo mínima, para conferir a certeza de que buscamos na vontade confiável e inequívoca de M.d.C., como agir em uma situação concreta, similar a que ela hoje protagoniza. Não é uma troca de pontos de vista e opiniões com amigas, em uma situação hipotética e abstrata, com a qual sequer contamos nos autos, ou a mera conjectura sobre o que teria desejado, que constitui uma prova plena que confira a certeza que procuramos”). Acórdão em análise. fl. 18-19.

Fica evidente que em caso de dúvida, como o em exame, os magistrados optaram pela decisão mais favorável ao prolongamento da vida, no caso, a manutenção do suporte vital.

É possível abstrair o receio do julgador em proferir decisão que vá contra o direito à vida, quando não está munido de segurança da posição do próprio indivíduo. Naturalmente que uma decisão favorável ao desligamento dos aparelhos passa a ser irreversível a partir do momento em que é executada. Contudo, a considerar a situação da paciente pelas informações que constam do acórdão, a tendência é de prolongamento indefinido da mesma situação. Diante da irreversibilidade do quadro não haverá a opção futura da paciente manifestar sua decisão e não tendo realizado antes, criou-se o impasse.

Os magistrados referem no voto a inexistência de documentos como os chamados testamentos em vida no ordenamento jurídico argentino, mas acenam como um instrumento válido que permite a manifestação da vontade da pessoa, para situações em que não possa mais se manifestar. Este caso reforça a importância de manifestações prévias sobre cuidados de fim de vida para evitar impasses como o relatado.

Pelos dados constantes no acórdão, em busca virtual, não foi possível verificar a situação da paciente após o julgamento.

1.6.3 Itália, 2008. Caso Eluana Englaro⁸⁸

O acórdão em análise foi proferido pela Corte de Apelação de Milão, em 09 de julho de 2008, no procedimento de jurisdição voluntária proposto por Beppino Englaro, pai e tutor de Eluana.

Eluana Englaro sofreu um acidente de trânsito em 18 de janeiro de 1992, quando tinha 22 anos, sofrendo gravíssimo trauma crânio-encefálico, com lesões no tecido cerebral cortical e subcortical, do que derivou um estado de coma profundo que evoluiu para um estado vegetativo, com perda da faculdade psíquica superior, das funções perceptiva e cognitiva e da capacidade de contato com o mundo externo.

Em 1996 foi declarada absolutamente incapaz, sendo nomeado tutor o pai Beppino. Passados outros três anos, em 1999, o pai/tutor ingressa com o primeiro

⁸⁸ ASSOCIAZIONE RADICALI LECCO. Procedimento nº 88/2008 da Corte d'Appello di Milano – Prima Sezione Civile. Disponível em: <http://www.radicalilecco.org/rad/modules/mastop_publish/?tac=Tutte_le_sentenze_su_Eluana_Englaro>. Acesso em: 28 jun.2015.

procedimento judicial, declarado inadmissível pelo Tribunal de Lecco, pois era incompatível com o art. 2º da Constituição da República Italiana⁸⁹, interpretado como norma de tutela absoluta do direito à vida. A decisão foi confirmada pela Corte de Apelo de Milão, em dezembro de 1999.

Em fevereiro de 2002, o pai/tutor ingressa com novo procedimento, também indeferido com entendimento de necessária e inderrogável prevalência do direito à vida humana, contra qualquer situação patológica e a despeito de qualquer manifestação de vontade do doente. A decisão foi novamente confirmada pela Corte de Apelação de Milão. Dessa decisão foi interposto recurso extraordinário de cassação, declarado inadmissível pela Suprema Corte em 2005, por ausência de participação de um curador especial no processo.

No terceiro procedimento proposto, foi requerida a nomeação de um curador especial, o qual aderiu ao pedido do tutor. Contudo, ainda dessa vez, foi declarado inadmissível, entendendo pela ilegitimidade do tutor, mesmo que com consenso do curador especial, de manifestar sua escolha no lugar e interesse do incapaz, por se tratar de direito personalíssimo.

No recurso, a Seção de Pessoas, Menores e Família da Corte de Apelação de Milão reconheceu a legitimidade do tutor, mas entendeu que a instrução realizada não permitia atribuir, com segurança, à Eluana, a vontade contrária ao prosseguimento do tratamento.

Proposto um recurso de cassação em outubro de 2007, a Suprema Corte acabou por se pronunciar, dispondo a cassação do ato impugnado e o envio da causa para nova decisão, pela mesma Corte de Apelação de Milão. A Suprema Corte reconheceu o viés constitucional do tema, que coloca em primeiro lugar a liberdade de autodeterminação terapêutica do paciente. Refere que o consentimento informado permite a escolha do tratamento e também a recusa ou interrupção de terapia, direito esse que não pode ser negado nem mesmo à pessoa adulta que esteja incapacitada de manifestar sua vontade. Para esse caso, na falta de manifestação antecipada, a manifestação passa para o seu

⁸⁹ “Art. 2 - La Repubblica conosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. (Livre tradução: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, como indivíduo e em grupos sociais, onde desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social”). GOVERNO ITALIANO. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

representante legal, que poderá até mesmo recusar ou interromper o tratamento que mantém artificialmente a vida do representado.

Reconhece que esse poder-dever do representante não é incondicionado. Ao contrário, entende que nesses casos a escolha deve estar vinculada ao melhor interesse do representado e que deve ainda preencher dois outros requisitos: o primeiro, comprovar a condição de irreversibilidade da situação; e, o segundo, que a decisão esteja de acordo com a personalidade, valores e concepções do paciente. Na ausência de qualquer dos requisitos, prevalecerá o direito à vida.

No caso em julgamento, entendeu-se que a decisão não perquiriu a vontade presumida de Eluana, com relevo aos desejos anteriormente expressos ou à sua personalidade, estilo de vida, seu íntimo convencimento, o que deve ser feito com base nas provas colhidas na instrução, pelo que cassou a decisão, reencaminhando à Corte de Apelo.

Retorna então o feito para novo julgamento pela 1ª seção civil da Corte de Apelo de Milão, em fevereiro de 2008.

Nesse novo julgamento, embora reconheçam como já decidida a questão da irreversibilidade do estado vegetativo persistente em que se encontra a paciente, propõem nova análise diante da gravidade, importância e delicadeza dos fatos, objeto do pedido.

Reafirmam que a imutabilidade do estado clínico de Eluana foi considerada comprovada em todos os procedimentos propostos. Já no pedido de interdição, ainda no ano de 1996, o diagnóstico e prognóstico era no sentido da persistência de seu estado vegetativo. A documentação apresentada que considera a evolução do quadro com o passar do tempo demonstra, no plano clínico, a manutenção e a irreversibilidade daquele estado.

Analisa os conceitos de persistência e de permanência, com base em estudo técnico, segundo o qual o estado vegetativo persistente se refere a uma situação de incapacidade que perdura com um futuro incerto, enquanto que permanente implica em irreversibilidade, podendo-se dizer, portanto, que persistente é o diagnóstico e permanente o prognóstico⁹⁰.

⁹⁰ Nesse sentido: "I concetti di persistenza e di permanenza van no distinti. Mentr'è l'aggettivo persistente si riferisce solo a una condizione di passata e perdurante disabilitá com un incerto futuro, l'aggettivo permanente implica l'irreversibilitá. Puòdir siquindiche quel ladi Stato vegetativo persistente sai una diagnosi, mentre que lla di Stato Vegetativo Permanente sai una prognosi. Tale distinzione, elaborata dalla

Salientam que o estado vegetativo persistente e permanente é diverso da morte encefálica. Com efeito, os critérios de morte encefálica, adotados na quase totalidade dos países, consideram como morte a perda total de atividades cerebrais, de forma que, o caso de Eluana não se enquadra dentro dos requisitos para declaração de morte. Embora já estejam em discussão novos critérios, permanece como legal e eticamente aceito o critério da morte cerebral global, como será analisado mais detalhadamente no item 2.2, desta tese.

Diante do quadro apresentado, a possibilidade de recuperação das funções superiores é insignificante, não havendo a possibilidade de retorno de atividades psíquicas.

Nos pareceres técnicos indicados há referência de que se recomenda o aguardo de um prazo de doze meses para ser declarado o estado vegetativo persistente. Há referência expressa no julgado de que, no caso, esse tempo já extrapolou em muito o prazo mínimo solicitado, reforçando a ideia de imutabilidade⁹¹. Irreversibilidade é compreendida no sentido de imutabilidade, não recuperabilidade, incurabilidade de caráter absoluto, excluindo a menor chance de volta da consciência e percepção do mundo exterior.

Uma vez reafirmado o quadro de irreversibilidade entenderam possível passar para a segunda etapa, ficando autorizada a investigação determinada pelo Supremo Tribunal no sentido de que se reconstitua a vontade presumida de Eluana.

Há referência ao fato de que uma pessoa capaz pode refutar um tratamento, mesmo quando não comprovada a irreversibilidade da situação de saúde.

De toda sorte, ao se tratar de incapaz, pode haver outros requisitos. Isso porque, ao transferir a decisão para terceira pessoa, deve ser considerado que, se houvesse qualquer possibilidade de reverter o quadro deveria ser concebida a possibilidade da paciente de poder então se manifestar por si.

Multi Society Task Force on PVS nel lavoro pubblicato sul New England Journal of Medicine, v. 330, n.21 e 22, è condivisa da questo gruppi di lavoro, che considera quell'elaborato la migliore sintesi scientifica e clinica oggi disponibile". (Livre tradução: "Os conceitos de persistência e permanência devem ser distinguidos. Enquanto o adjetivo persistente refere-se apenas a uma condição do passado e de continuada deficiência, com um futuro incerto, o adjetivo permanente implica irreversibilidade. Portanto, pode-se dizer que estado vegetativo persistente é o diagnóstico, enquanto que o estado vegetativo permanente é um prognóstico. Esta distinção, elaborado pela Multi Society Task Forceem EVP no trabalho publicado no Jornal de Medicina New England, v. 330, n.21 e 22, é partilhado por este grupo de trabalho, que considera essa elaboração a melhor síntese científica e clínica disponível atualmente"). Acórdão em análise. p. 11.

⁹¹ Cfr: Acórdão em análise. p. 11.

Assim, maiores exigências, como a prova da irreversibilidade, encontram respaldo também na peculiaridade da situação. Nesses termos, o Tribunal reconhece a lógica da exigência como verdadeira forma de igualar doentes com capacidade de se expressar daqueles que não a tem, e não de criar discriminação inaceitável⁹².

Nesses termos é analisado que a manifestação de um terceiro deve ser a expressão do real sentir e da voz do incapaz, reconstruída na via presumida, sem a qual não há como se realizar o seu direito de autodeterminação⁹³.

O Tribunal acolheu a reconstituição da personalidade de Eluana feita pelo seu pai e tutor. Foi considerado o fato de que o pai se manifestou de forma clara, firme e precisa, visto como ponto positivo para identificação desse padrão.

A curadora especial nomeada para evitar qualquer conflito de interesse entre representante e representado (filha e pai) também aderiu ao pedido.

De toda sorte, houve a expressa referência de que não havia nenhum interesse econômico, material ou logístico no pedido feito pelo pai. Na verdade, Eluana já se encontrava há muitos anos internada em uma clínica, sem a necessidade de atendimento contínuo da família e com as despesas todas custeadas pelo Sistema de Saúde. Como era filha única, também não foi constatado nenhum interesse sucessório envolvido.

Foi identificado que Eluana era precoce, com aguda inteligência e vibrante sensibilidade, responsável, independente, estranha a qualquer compromisso ou hipocrisia, cheia de vontade de viver a sua vida com intensidade, franca e aberta às experiências com os outros, tanto que queria viajar pelo mundo, identificada pelo pai como «um puro sangue de liberdade».

Já havia o reconhecimento de que toda prova indicava uma personalidade caracterizada por um forte senso de independência, intolerância às regras e esquemas, amante da liberdade e da vida dinâmica e muito firme nas suas convicções.

A essa reconstrução se juntou a prova testemunhal produzida. Foram ouvidas três amigas, diante do reconhecimento de que, muitas vezes, convicções, anseios e modos de ver a vida são mais fáceis de serem tratados em conversas com amigos do que com pessoas do círculo familiar.

⁹² Cfr. Acórdão em análise. p. 30.

⁹³ Cfr. Acórdão em análise. p. 29.

As três confirmaram a personalidade delineada pelo genitor e referiram manifestações de Eluana, em caso de amigos comuns, de que era melhor morrer do que ficar presa a uma cama⁹⁴.

Em vários momentos Eluana tinha expressado a firme convicção de que permanecer nessas condições não teria sido, para ela, uma verdadeira vida, porque só uma vida plena, ou pelo menos em termos de capacidade de se mover, de pensar, de se comunicar e de se relacionar com os outros teria merecido ser vivida e não uma vida meramente biológica⁹⁵.

Os magistrados citam Hipócrates para confirmar a importância da consciência, que permite o aprendizado e a expressão dos sentimentos humanos⁹⁶.

De tudo o Tribunal reconheceu que Eluana não se contentaria em viver sem interagir com o mundo exterior, desprovida de suas faculdades perceptivas, cognitivas e intelectuais, únicas ferramentas capazes de dar sentido à sua vida.

O acórdão tem o cuidado tanto de identificar a situação de irreversibilidade do quadro clínico da paciente como na pesquisa de sua vontade presumida. Nesse passo, chama a atenção a cautela em reproduzir os valores e ideias de Eluana, que permitiram, ao final, identificar qual seria a decisão que presumivelmente seria por ela adotada.

O quadro desenhado relativo à sua personalidade livre e sem amarras foi bastante contundente, permitindo a conclusão que permanecer na situação na qual se encontrava estava em desacordo com a sua vontade e seus desejos.

⁹⁴ No original: "Difficile in effetti dubitare, alla luce del quadro personologico di Eluana fin qui delineatosi in base alle prove assunte, che lei non avrebbe mai accettato – nem meno per un breve período, e menche mai per sedici anni e più -, proprio come há pensatola sua amica, di restare in chio data a tale condizione costritti vaoggettivamente immutevole e senza speranza". (Livre tradução: "É difícil duvidar, a luz do quadro da personalidade de Eluana, delineado até aqui com base na prova, que ela nunca aceitaria – nem por um curto período e muito menos por mais de dezesseis anos – como referiu sua amiga, permanecer nestas condições restritas, perceptivelmente imutável e sem esperança"). Acórdão em análise. p. 54.

⁹⁵ Nesse sentido: "In varifrangenti Eluana avrebbe manifestato la ferma convinzione chere restare in quelle condizioni non sarebbestato, per lei, un vero vivere, perché solo una vitapiena, o comum que in condizioni di capacità di muoversi, dipensare, di comunicare e di rapportarsi com glialtriavre bbemeritato diesse revissuta, mentre non los arebbestato una vita meramente biologica". (Livre tradução: "Em vários momentos Eluana manifestou sua firme convicção de que permanecer nessas condições não seria, para ela, realmente viver, porque só com uma vida plena, ou pelo menos com capacidade de mover-se, de pensar, de comunicar e de se relacionar com os outros mereceria ser vivida, fora isso seria uma vida meramente biológica"). Acórdão em análise. p. 42.

⁹⁶ Nesse sentido: «E L'oumo deve sapere che soltan total cervello derivanolegioie e i piaceri e laserenità e il riso e lo scherzo, e letristezze, i dolori, l'avvilimento e ilpianto. E per merito suo aquisiamos aggezza e conoscenza, e vediamo e sentiamo e giudichiamo e impariamocos'ègiusto e cos'esbagliato, cos'édolce e cos'e amaro...» (Ippocrate, "Sullamalattia sacra", 400 circa A.C.) – (Livre tradução: O homem deve saber que é de seu cérebro que vem a alegria e os prazeres, a serenidade, o riso e as piadas, e a tristeza, a dor, a humilhação e as lágrimas. É graças a ele que ganhamos sabedoria e conhecimento, vemos e ouvimos e julgamos e aprendemos o que é certo e o que é errado, o que é doce e o que é amargo... (Hipócrates, "sobre a doença sagrada", 400 A.C.)). Acórdão em análise. p. 50.

Os aparelhos foram desligados em 06 de fevereiro de 2009 em meio a manifestações contra a decisão e a favor da vida de Eluana, promovida por associações, na maioria católicas. Eluana faleceu no dia 09 de fevereiro de 2009, em Udine, na Itália, aos trinta e oito anos de idade, depois de ter permanecido dezessete anos em estado vegetativo⁹⁷.

1.6.4 Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2015. Caso Vincent Lambert⁹⁸

Vincent Lambert sofreu acidente de carro, em 29 de setembro de 2008, quando estava com 32 anos, que o deixou tetraplégico, completamente dependente e em estado vegetativo persistente. Recebeu nutrição e hidratação artificial que foi administrada via tubo gástrico. Em julho de 2011, o *COMA Science Group* do Hospital Universitário de Liège concluiu que ele estava em estado neuro vegetativo crônico, caracterizado como estado minimamente consciente⁹⁹, em razão do que passou a receber outros tratamentos como sessões de fisioterapia.

⁹⁷ Nesse sentido: “Alle 20.24 del 9 febbraio 2009, il dottor Amato del Monte, primario di rianimazione della clinica “La Quiete” di Udine, telefonò a Beppino Englaro per comunicargli che 15 minuti prima, alle 20.10, sua figlia Eluana era morta dopo 17 anni di coma vegetativo. Tre giorni prima, il 6 febbraio, i medici aveva sospeso l'alimentazione e l'idratazione artificiale che tenevano in vita Eluana. Per ottenere questo risultato, la famiglia Englaro dovette affrontare undici anni di processi, quindici sentenze della magistratura italiana e una della Corte Europea, l'opposizione del governo in carica e le proteste, le manifestazioni e gli appelli di numerose associazioni, in gran parte cattoliche”. (Livre tradução: “Às 20:24h do dia 9 de fevereiro de 2009, o doutor Amato del Monte, médico de reanimação da clínica “La Quiete”, de Udine, telefonou para Beppino Englaro para comunicar que 15 minutos antes, às 20:10h, sua filha Eluana morreu, depois de 17 anos em coma vegetativo. Três dias antes, em 6 de fevereiro, o medico tinha suspenso a alimentação e hidratação artificial que mantinham a vida de Eluana. Para obter esse resultado, a família Englaro enfrentou onze anos de processo, quinze sentenças da magistratura italiana e uma da Corte Europeia, a oposição do governo em exercício e os protestos, manifestações e apelos de inúmeras associações, em grande parte católicas”). LA STORIA di Eluana Englaro. **Post**, 9 feb. 2014. Disponível em:

<<http://www.ilpost.it/2014/02/09/eluana-englaro/>>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁹⁸ CASE of Lambert and others v. France (*Application no. 46043/14*) Judgment – Strasbourg, 5 June 2015. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352>>. Acesso em: 25 jul.2015.

⁹⁹ Carneiro e outros, no relatório realizado sobre EVP, esclarecem: “Mais recentemente, foram publicados critérios diagnósticos sobre o chamado “Estado Minimamente Consciente” (*minimally conscious state*) – definido como uma alteração profunda da consciência que não preenche os critérios de coma ou estado vegetativo -, um quadro distinto do coma, estado vegetativo e síndrome de “locked-in”, com base em diferenças no grau de consciência, ciclos de sonos/vigília, função motora, audição, visão, grau de comunicação e expressões emotivas (9). A definição deste quadro clínico é útil para a avaliação mais rigorosa do estado alterado da consciência, pois um diagnóstico o mais preciso possível terá natural repercussão no prognóstico, algo diverso, destes doentes”. CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. **Relatório sobre estado vegetativo permanente**. 2005. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/422FD00A-8B59-4700-9F99-6890C135199B/0/P045_RelatorioEVP.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2015. p. 5.

No início do ano de 2013, o médico Dr. Kariger deu início aos procedimentos previstos na Lei nº 2005-370, relativos às questões de fim de vida, com envolvimento da esposa do paciente, resultando na decisão de suspensão da nutrição e redução da hidratação, o que foi levado a efeito em 10/04/2013.

Em 09 de maio daquele ano, os pais, um meio-irmão e outra irmã de Vincent recorreram para a Corte Administrativa solicitando a retomada da alimentação e hidratação, obtendo decisão favorável.

Em setembro de 2013 é iniciado novo procedimento de análise da situação. Outros seis especialistas examinaram paciente. Foram feitos novos encontros com a família, decidindo-se, com a concordância da esposa e de seis dos oito irmãos, pela suspensão da alimentação e hidratação artificial. Os demais eram a favor da manutenção.

Mesmo com a discordância familiar, Dr. Kariger, em reunião com os demais médicos, decidiu pela descontinuidade da nutrição e hidratação artificial, anunciando a decisão em 11 de janeiro de 2014, para dar início no dia 13. Sustentava que o paciente apresentava danos cerebrais irreversíveis e que o tratamento era fútil e desproporcional, não tendo nenhum outro efeito além de manter a vida artificialmente.

Em 13 de janeiro de 2014 os apelantes ingressaram novamente com uma petição de urgência na Corte Administrativa de Chalons-en-Campagne solicitando ordem de proibição de retirada do tratamento ao Hospital e ao médico.

A Corte, em julgamento de 16 de janeiro de 2014, suspendeu a implementação da decisão do médico, considerando que a retirada do suporte vital configuraria grave violação do direito à vida do paciente.

Contra essa decisão foi interposto recurso ao Conselho de Estado (*Conseil d'État*) pela esposa do paciente e pelo Hospital. O Conselho de Estado entendeu necessário, considerando a dificuldade das questões científicas, éticas e deontológicas envolvidas, requisitar um parecer para a *National Medical Academy*, a *National Ethics Advisory Committee* e a *National Medical Council*, em conjunto com o Mr. Jean Leonetti, que esclarecesse pontos relativos às questões de fim de vida.

Os peritos examinaram o paciente em várias ocasiões e tiveram acesso a todos os dados do atendimento e, em 26/05/2014, apresentaram o parecer. Consideraram que as condições do paciente correspondiam a um estado vegetativo, sem nenhum sinal de estado mínimo de consciência. Notaram também que o estado de consciência tinha se

deteriorado significativamente após a avaliação no Hospital Universitário de Liège em 2011. Concluíram que os danos cerebrais eram irreversíveis e que ele não era capaz de estabelecer comunicação com os outros.

O Conselho de Estado, em julgamento no dia 24 de junho de 2014, anulou a decisão da Corte Administrativa e julgou improcedente o pedido dos demandantes, ficando autorizada a suspensão do tratamento.

Os reclamantes, então, ingressam com reclamação junto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁰⁰, alegando violação aos artigos 2º, 3º e 8º da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹⁰¹. Sustentam que a retirada de nutrição e hidratação artificial seria violação das obrigações do Estado de proteção ao direito à vida, que consistiria maus tratos na aceção do art. 3 da Convenção e violaria a integridade física do paciente, em violação do art. 8º.

Inicialmente, no Tribunal, é travado debate sobre a questão da legitimidade dos parentes de Lambert de ingressarem com a petição perante o tribunal internacional, considerando que reivindicavam direito de uma terceira pessoa, concluindo pela não legitimidade quer dos pais/irmão para ingressar com o pedido, quer da esposa/irmãos para falar em nome do paciente.

¹⁰⁰ Jorge Miranda explica a possibilidade de acesso a instâncias internacionais, quando esgotados os meios de defesa no âmbito interno, para salvaguarda dos direitos fundamentais. Sobre o tratamento conferido pelo TEDH, Refere: “O Tribunal Europeu de Direitos do Homem pode receber “petições” de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Estado vinculado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem – portanto desde logo, pelo próprio Estado de que se é cidadão – de qualquer direito reconhecido na Convenção ou nos seus protocolos (art. 34º da Convenção, após as alterações feitas pelo Protocolo Adicional nº 11, entrando em vigor em 1998). O Tribunal funciona em comités de três juízes, em secções de sete e em tribunal pleno de dezessete. Não declarada inadmissível uma “petição” pelo comité, cabe a uma das secções pronunciar-se quanto à admissibilidade e quanto ao fundo, podendo, em caso de questões graves ou de contradição com anterior decisão do Tribunal, a questão ser devolvida ao tribunal pleno (art. 27º e segs. da Convenção). Se declarar que houve violação da Convenção ou dos seus Protocolos e se o Direito interno do Estado não permitir senão imperfeitamente obviar às suas consequências, o Tribunal, se necessário, atribuirá ao lesado uma reparação razoável (art. 41º). As sentenças definitivas são vinculativas e, para efeito da sua execução, são transmitidas ao Comité de Ministros (art. 46º)”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 418.

¹⁰¹ TÍTULO I DIREITOS E LIBERDADES. ARTIGO 2º - Direito à vida. 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. [...] ARTIGO 3º - Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. [...] ARTIGO 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. CONVENÇÃO para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (com redacção dada pelo Protocolo n.º 11). Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/conv_eur_dh.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

Importante salientar o debate travado sobre quem responde pela pessoa que, embora viva, esteja incompetente para se manifestar. Diante da divergência entre parentes, no caso esposa e irmãos contra a posição dos pais e outros irmãos, é difícil determinar quem responde pelo paciente com relação às questões de natureza existencial.

O Tribunal reconheceu que a despeito da esposa ter sido nomeada curadora do paciente, tal circunstância faz com que responda pelas questões de natureza patrimonial e não às questões de direito existencial. Como todos podem ser considerados parentes próximos, e pretendem ser o porta-voz do paciente, mas mantêm posições diametralmente opostas, concluem que não há como a decisão de um se sobrepor a de outro. Assim, diante da omissão do paciente em indicar quem por ele falaria, resta que não há quem se pronuncie.

Foram, contudo, analisadas as violações alegadas, entendendo como direito dos próprios reclamantes¹⁰².

O TEDH analisou a possível violação das disposições da Convenção, concluindo que o direito interno francês prevê mecanismos legais para atendimento da situação do paciente Vincent, de acordo com as regras estabelecidas pelo Conselho Europeu, e que o procedimento realizado para tomada de decisão pelo médico foi longo e meticuloso, satisfazendo as exigências do art. 2º da Convenção.

Reconheceram que o direito de proteção à vida de qualquer pessoa consagra um dos valores fundamentais das sociedades democráticas que compõem o Conselho da Europa e implicam em obrigações negativas, quais sejam de se abster de intencionalmente tirar a vida, mas também de obrigações de cunho positivo de tomar medidas para salvaguardar a vida das pessoas que estão na sua jurisdição.

Salientam a distinção entre eutanásia e suicídio assistido da noção de interrupção de tratamento em caso de obstinação irracional. Entendem que o ato de abril/2005 que alterou o Código de Saúde Pública francês, ao estabelecer os procedimentos a serem adotados para tomada de decisões relativas ao fim de vida, não autoriza a antecipação da morte, mas apenas a suspensão ou interrupção de tratamentos.

A retirada do suporte de alimentação e hidratação de Lambert não configuraria violação ao direito assegurado no artigo segundo, no seu aspecto negativo. E, no que diz respeito à necessidade de mecanismos de proteção à vida dos cidadãos, diante da

¹⁰² Item 112 do Acórdão em análise. p. 34.

especificidade da situação em questão, entenderam que a lei está de acordo com as disposições do Conselho da Europa.

Referem que é conferido ao direito interno um espaço para determinações específicas, de forma que o tratamento não é igual em todos os países que compõem o Conselho, em especial no que diz respeito à consideração da vontade do paciente que não tem condições de se manifestar. Contudo, desde que atendida a finalidade maior, as especificidades de cada lei não implicam em violação. Na ausência de uma manifestação escrita e confiável que permita certeza no que o paciente gostaria que fosse decidido se estivesse naquela situação, várias são as opções encontradas pelas legislações¹⁰³.

As disposições da lei francesa estão de acordo com as novas orientações, inclusive as que constam do guia sobre o processo de decisão relativo a tratamentos médicos em situações de fim de vida, elaborado pelo Conselho da Europa.

O Tribunal acolheu a manifestação do Sr. Leonetti, na condição de *amicus curiae*, uma vez que foi relator do ato de abril de 2005, e esclareceu que a decisão, na França, é atribuída ao médico para evitar sentimentos conflitantes ou de culpa aos familiares do paciente¹⁰⁴.

Salienta que a lei francesa não prevê a possibilidade de uma mediação entre os parentes próximos que não estejam de acordo, tão pouco que seja considerado a vontade dos familiares, com o que, não há necessidade de tal fase.

Observaram ainda que o Conselho de Estado, confirmando a importância que o médico deve dar à vontade do paciente, procurou conhecer os desejos de Vincent. Foi relevante a manifestação da esposa que, enfermeira como ele, participou de conversas sobre o tema. Além disso, outros irmãos afirmaram que a recusa do tratamento estaria de acordo com a personalidade de Vincent, ou seja, seria uma decisão que ele tomaria, caso pudesse se manifestar.

¹⁰³ Nesse sentido ver acórdão: “165. It is clear from the comparative-law materials available to the Court that in those countries which authorise the withdrawal of treatment, and where the patient has not drawn up any advance directives, there exists a great variety of arrangements governing the taking of the final decision to withdraw treatment. It may be taken by the doctor (this is the most common situation), jointly by the doctor and the family, by the family or legal representative, or by the courts”. (Livre tradução: “É evidente, a partir dos materiais de direito comparado à disposição do Tribunal, que nos países que autorizam a suspensão do tratamento e em que o paciente não elaborou nenhuma diretiva antecipada, existe uma grande variedade de arranjos que regem a tomada de decisão para interromper o tratamento. Pode ser decidido pelo médico (esta é a situação mais comum), em conjunto pelo médico e a família, pela família ou pelo representante legal, ou pelos tribunais”). Acórdão em análise. p. 46.

¹⁰⁴ Item 264 do Acórdão em análise. p. 46.

Reiteram, ao final, que o papel do Tribunal consiste em avaliar se o Estado cumpriu com as suas obrigações positivas nos termos do artigo 2º da Convenção. Reconhecem que o quadro legislativo nacional está de acordo com as orientações do Conselho da Europa e que o processo de tomada de decisão no caso específico foi minucioso. Desta forma o voto da maioria (doze) foi de que a decisão do Conselho de Estado, que acabou por permitir a retirada dos aparelhos, não viola o dispositivo da Convenção.

A decisão, contudo, não foi unânime com a apresentação de argumentos em prol da manutenção do suporte vital que mantém a vida de Vincent. Os Juízes HAJIYEV, ŠIKUTA, TSOTSORIA, DE GAETANO e GRITCO criticaram a decisão adotada pelo Conselho de Estado Francês e reputada legítima pelo Tribunal, considerando a situação em que se encontra o paciente. Referem que o fato de ter permanecido trinta e um dias sem alimentação e hidratação e ainda manter-se vivo demonstra a sua vontade de viver. Para os magistrados, o fato da alimentação e hidratação estar sendo fornecida por sonda, ainda assim deve ser considerada como cuidados básicos e ordinários.

A situação de Lambert é bastante diferenciada, como referem os votos divergentes, uma vez que, embora admitido o quadro de EVP, situações peculiares como o fato de poder se locomover em cadeira de rodas e de ter sobrevivido quando corta da a alimentação, sugerem uma maior possibilidade de vida. A irreversibilidade do quadro e a incapacidade de interação com o meio exterior, contudo, é reconhecida.

É importante referir que as manifestações dos votos divergentes ingressaram no mérito da decisão e não na adequação dos procedimentos legais e fáticos pelo Estado francês, como era devido.

Em consulta aos sites internacionais de notícia, até janeiro de 2017 não havia informações sobre a efetiva suspensão do tratamento de Lambert¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Em consulta a internet, no site da Wikipédia consta que após o julgamento em Junho de 2015, foi interposto recurso de revisão, rejeitado pelo TEDH. Após, essa data, o site apresenta a seguinte cronologia: "15 juillet 2015: la famille est convoquée au CHU de Reims. Suite à cette réunion, l'équipe médicale engage la procédure d'arrêt des traitements employant les termes d'obstination déraisonnable. Les parents, se refusant à cette décision, portent plainte pour « tentative d'assassinat et séquestration contre le CHU et les médecins qui se sont occupés ou s'occupent de Vincent Lambert ». Le 21 juillet, les évêques de Rhône-Alpes, région de résidence des parents de Vincent Lambert, se sont élevés contre une décision médicale qui "risque de provoquer délibérément sa mort". Un second conseil de famille est prévu pour le 23 juillet 2015 afin d'annoncer la décision de l'équipe médicale. 23 juillet 2015 : l'équipe médicale décide de suspendre la procédure collégiale d'arrêt des soins car selon elle « les conditions de sérénité et de sécurité nécessaires à la poursuite de cette procédure, tant pour Vincent Lambert que pour l'équipe soignante, ne sont pas réunies », le médecin de Vincent Lambert a demandé le placement sous protection judiciaire de son patient qui ferait l'objet d'un projet d'enlèvement, la mise sous protection de son service qui ferait

1.6.5 Análise das decisões judiciais

Os quatro acórdãos selecionados tratam da questão referente à interrupção de tratamento/suporte vital já em andamento, especificamente, a supressão da alimentação e hidratação em paciente em estado vegetativo persistente. Nas quatro situações relatadas, embora referentes a períodos e locais diversos, tratava-se de quadro clínico similar, em que foram mantidas atividades cerebrais motoras, inclusive de respiração, nos quais a alimentação e a hidratação eram feitas por sonda nasogástrica.

Não é de se estranhar essa ocorrência, pois se trata de uma das situações limítrofes em que a tomada de decisão envolve variáveis que precisam ser encaradas, dificilmente solucionada na relação entre o médico e os familiares do paciente. Ademais, documentos que constem diretivas antecipadas de vontade ainda são bastante raros e em regra o assunto é tratado quando do desenvolvimento de uma doença ou frente ao envelhecimento. Já nos casos analisados, a situação de inconsciência ocorreu de forma abrupta e inesperada, em jovens/adultos, mas que dificilmente tenham tido a preocupação com fim de vida que os levasse a elaborar o documento.

l'objet de menaces ainsi que la désignation par le procureur de la république d'un représentant légal pour Vincent Lambert. 9 octobre 2015 : La justice administrative rejette la demande d'arrêt des traitements, estimant que seul son médecin traitant est à même de statuer sur ce type de décision . 10 mars 2016 : Rachel Lambert est nommée tutrice de son mari par le juge des tutelles de Reims. 9 juin 2016 : L'avocat des parents Lambert saisit la cour d'appel contre la décision du juge des tutelles et souhaite reprendre la procédure judiciaire du transfert de Vincent Lambert vers un établissement spécialisé. 8 juillet 2016 : Estimant que "Rachel Lambert n'a pas failli et a rempli ses devoirs d'épouse", la cour d'appel de Reims (Marne) confirme qu'elle est bien la tutrice principale de son mari". (Livre tradução: "5 julho de 2015 : A família é convocada ao CHU de Reims. Na sequência da reunião, a equipe médica se compromete com o procedimento de encerramento do tratamento, utilizando os termos de obstinação irracional. Os pais, não concordando com a decisão, apresentam uma queixa por « tentativa de assassinato e sequestro contra o CHU e os médicos que cuidavam e cuidam de Vincent Lambert ». Em 21 de julho, os bispos de Rhone-Alpes, região de residência dos pais de Vincent Lambert protestaram contra a decisão médica que « pode deliberadamente provocar a sua morte ». Um novo conselho de família está marcado para 23 de julho de 2015 para anunciar a decisão da equipe médica. 23 de julho de 2015: a equipe médica decide suspender o procedimento colegiado de interrupção dos cuidados porque, segundo eles, « as condições de serenidade e segurança necessárias para a continuação deste processo, tanto para Vincent Lambert, como para a equipe médica, não estão presentes ». O médico de Vincent Lambert solicitou proteção judicial para o seu paciente, que estaria sujeito a um projeto de remoção, a proteção de seu serviço que estaria ameaçado e a nomeação pelo procurador da república de um representante para Vincent Lambert. 09 de outubro de 2015: O Tribunal Administrativo rejeitou o pedido para parar o tratamento, acreditando que somente o médico é capaz de decidir sobre este tipo de decisão. 10 de março de 2016: Rachel Lambert foi nomeada guardiã de seu marido pelo juiz de tutelas de Reims. 09 de junho de 2016: O advogado dos parentes Lambert ingressou no Tribunal de Recursos contra a decisão do tribunal de tutela e deseja retomar o procedimento legal de transferência de Vincent Lambert para uma instituição especializada. 08 de julho de 2016: Acreditando que "Rachel Lambert não falhou e cumpriu os seus deveres como esposa", o Tribunal de Apelação de Reims (Marne) confirma que ela é a principal guardiã de seu marido"). WIKIPÉDIA. **Affaire Vincent Lambert**. Disponível em: <https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Vincent_Lambert>. Acesso em: 05 jan. 2017.

Verifica-se, contudo, que embora nem todos os acórdãos tratem diretamente do assunto, a tendência é referir que suporte de alimentação e hidratação artificial é procedimento médico que, como tal, pode ser recusado.

É possível perceber a hesitação e o medo de que a determinação de interrupção de tratamento possa abrir espaço para decisões de fim de vida que não considerem a vontade do paciente ou que sejam tomadas por questões de ordem económico-financeiras. Daí porque análises cautelosas e exigências de provas que permitam concluir que não haverá alteração de quadro clínico e, também, que caso o paciente pudesse se manifestar, optaria pela suspensão do tratamento.

Nos acórdãos consta a preocupação em comprovar o estado vegetativo persistente e identificar como irreversível a situação clínica do paciente. O acórdão analisado relativo ao caso Eluana Englaro faz extensa análise das condições da paciente, do que representa o estado vegetativo persistente, e de se tratar de estado permanente, sem possibilidade de reversão, reconhecendo como situação diversa da morte encefálica, com base em documentos e pareceres médicos aos quais credita importância.

Além da irreversibilidade do quadro clínico, surge o problema da identificação da vontade presumida do paciente. Nos quatro casos relatados, não havia manifestação prévia de vontade para o tratamento que gostaria ou não de receber, caso estivesse em situação que não pudesse se manifestar.

As diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidado de saúde vieram na esteira da teoria do consentimento informado. Em alguns países, como os Estados Unidos da América, já foram acolhidas há algum tempo, tanto que em 1991 editaram o Ato de Auto-Determinação do Paciente¹⁰⁶. A edição ocorreu, exatamente, em razão do caso Nancy Cruzan, que levou as pessoas a se questionarem o que aconteceria com elas na mesma situação.

Embora o pioneirismo americano, constata-se que ainda é um tema pouco abordado. A ideia começa por se disseminar apenas nesse século XXI. Como exemplo, podemos citar a lei espanhola do ano de 2002¹⁰⁷ e de Portugal, apenas de 2012¹⁰⁸. Países

¹⁰⁶ No inglês The Patient Self-Determination Act (PSDA).

¹⁰⁷ Lei que estabelece as instruções prévias – ESPANHA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre**. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>>. Acesso em: 14 set. 2015. (119)

¹⁰⁸ Lei que regula as diretivas antecipadas de vontade – PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 25/2012 de 16 de julho**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do

como o Brasil sequer possuem legislação sobre o assunto, apenas regrado no âmbito médico pelo Conselho Federal de Medicina, por meio de resolução datada de 2012¹⁰⁹, mas que ainda assim não foi suficiente para difundir o debate.

Nos quatro acórdãos relatados houve referência e exigência, em maior ou menor grau, de provas da possível decisão do paciente nas condições em que ele se encontrava, ponto crucial para o deferimento ou indeferimento do pedido de retirada do tratamento.

Em todos os julgados, porém, ficou assegurado que o sujeito competente poderia se manifestar pela interrupção de tratamento de alimentação e hidratação artificial, desde que apto a se manifestar. O problema, pois, se apresenta diante da incapacidade de manifestação e da inexistência de uma manifestação prévia, casos em que se passa a exigir a prova que permite presumir a vontade do paciente, mediante análise de sua personalidade, modo de vida, crenças, manifestações proferidas sobre o tema, entre outros.

No primeiro dos acórdãos, referente à Nancy Cruzan, foi decidido pelo indeferimento justamente em razão de não se ter prova de vontade da paciente para a situação posta¹¹⁰.

No acórdão da Corte Argentina, igualmente, a decisão de indeferimento do pedido decorreu do fato de não ter essa prova. Há referência expressa quanto à necessidade de uma prova que permitisse abstrair com certeza a vontade da paciente. Referências descontextualizadas não foram consideradas, entendendo que não teria havido suficiente reflexão da pessoa sobre assunto de tamanha importância.

Com relação ao caso italiano, a decisão de autorização da supressão da alimentação e hidratação artificial, somente foi deferida no terceiro procedimento interposto, e com análise da vontade presumida da paciente, após prova produzida relativa à sua personalidade, manifestações que foram feitas sobre situações similares e a forma como conduzia sua vida.

Por fim, a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, embora limitada ao exame da adequação da legislação e do tratamento conferido na esfera legal francesa

Testamento Vital (RENTEV). Diário da República, 1.ª série - N.º 136 - 16 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.portaldasaudef.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015>. Acesso em: 07 fev. 2017.

¹⁰⁹ Resolução do CFM que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.995/2012...**

¹¹⁰ Cabe reiterar que mesmo com o julgamento de improcedência, outra ação foi movida, na qual foram apresentadas provas de manifestação da paciente para amigas, que permitiram concluir que se pudesse se manifestar iria recusar a manutenção da vida no estado vegetativo persistente em que se encontrava.

aos termos da Convenção Europeia, analisa a evolução do tratamento das situações de fim de vida e reconhece que as soluções francesas convergem com as regras da União Europeia.

Também se verifica nos casos propostos que a unanimidade familiar tende a contribuir para o entendimento quanto à vontade presumida do paciente. Tanto no caso argentino como no caso francês as divergências familiares dificultaram o deferimento do pedido. No caso argentino o fato foi considerado como argumento que impossibilitava concluir que a vontade presumida da paciente seria no sentido de rechaçar tratamento. Também nos pedidos frente aos tribunais franceses a divergência entre a esposa/irmãos e os pais/irmãos do paciente foi não só a desencadeadora dos vários recursos, como um empecilho para se capturar as reais crenças, vontades e desejos do paciente.

Deve ser salientado aqui que a proteção ao direito à vida está presente em todos os acórdãos analisados e que seu prolongamento, a despeito das condições clínicas, se sobrepõe sempre que houver dúvida de qualquer natureza.

Contudo, o caminho aberto é da autodeterminação do paciente em matéria de cuidados com a saúde, podendo eleger, interromper ou rechaçar tratamento e terapias, em especial em situações de fim de vida.

Fica patente tratar-se de um direito personalíssimo, de forma que não há como ser delegada uma decisão quanto aos cuidados de saúde e vida para terceira pessoa. Nesse passo, os acórdãos, mesmo que com fundamentos diferentes, deixaram certo que o representante somente poderia manifestar a vontade presumida do paciente que se encontra incompetente, mas não pode decidir o que entende que seria adequado de acordo com suas próprias convicções.

Mesmo nos casos relativos à nomeação de procurador para cuidados de saúde, com mandado válido diante da incapacidade do mandante, o mandatário deverá levar em consideração, para a tomada de decisão, os conceitos e valores do paciente e não os seus.

Para as pessoas maiores e capazes ganham relevância as diretivas antecipadas, que permitem expressar a vontade, com eficácia projetada para momentos de incapacidade de manifestação.

1.7 Diretivas antecipadas: surgimento, expansão e sua posituação

De acordo com a doutrina do consentimento informado, a decisão sobre questões de saúde e de vida, como aceitar ou rechaçar tratamentos médicos, pode ser manifestada a qualquer momento, enquanto a pessoa mantiver sua capacidade de compreender, decidir e de manifestar sua vontade.

Diante da incapacidade que na maioria dos casos acompanha períodos de terminalidade, surge o debate sobre as diretivas antecipadas que permitem a manifestação da pessoa enquanto competente, para ter eficácia quando não tenha mais condições de se manifestar.

São atos capazes de projetar a autonomia do paciente para o momento de incompetência, quer por evolução natural de uma doença, neurológica ou outra que chegue ao seu estado terminal, quer porque foi privado de sua capacidade por acontecimento imediato e abrupto.

A capacidade que se exige para fins de manifestação quanto aos cuidados de saúde não é a legal, mas sim, a que demonstra ter a pessoa condições de entendimento e de decisão. Assim, mesmo pessoas absoluta ou relativamente incapazes poderão participar do processo de tomada de decisão em matéria de cuidados com a saúde.

Já as diretivas antecipadas, considerando suas peculiaridades, em especial por se tratar de documento que consubstancia a projeção da vontade, somente será possível para pessoas com capacidade legal e que estejam em condições de manifestar sua vontade no momento da elaboração do documento.

Refira-se que não há óbice para que legislações específicas sobre a matéria estabeleçam capacidade etária diferenciada, que ainda assim, constando da lei, tratar-se-á de capacidade legal.

O surgimento das DA's ocorreu nos Estados Unidos da América, na esteira da doutrina do consentimento informado. Foram instituídas pela lei federal conhecida por Patient Self-Determination Act (PSDA). O ato federal é editado apenas no ano de 1991 e serve como parâmetro para os estados membros americanos¹¹¹.

¹¹¹ Nesse sentido: A Lei de Autodeterminação do Paciente (PSDA) foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 1990 como uma emenda à Lei de Reconciliação do Orçamento Geral de 1990. Está em vigor desde dezembro de 1991. Passou a exigir dos hospitais e demais serviços de saúde, como casas de repouso, prestadores de cuidados paliativos, por exemplo, que fornecessem informações sobre as diretivas para pacientes adultos após a sua admissão ao serviço de saúde. Tinha por finalidade informar ao público sobre as diretivas e incentivar o seu uso. Mas além do comprometimento com a autonomia do

O debate, no entanto, já existia há tempos. Credita-se a utilização do termo “*living will*” ao americano Luiz Kutner¹¹². Acentuam-se discussões a respeito de manifestações prévias de vontade, com a chegada aos tribunais do caso Quinlan, que gerou a criação do regramento no Estado da Califórnia. Mas é após o Caso Cruzan que o Congresso Americano edita a Lei de Autodeterminação do Paciente, que prevê a comunicação aos adultos doentes da possibilidade de serem feitas as diretivas antecipadas¹¹³.

São identificadas duas espécies básicas de diretivas, quais sejam a declaração de vontades denominadas de *living will*, que ganhou a tradução de testamento vital¹¹⁴, e o *durable power of attorney*, ou mandato duradouro, pelo qual é nomeado um procurador de saúde.

Os dois instrumentos são modalidades tradicionais de manifestação de vontade para cuidados de fim de vida e saúde, ao lado dos quais, outros instrumentos surgiram e começam a ser pensados e difundidos, como o planejamento antecipado de cuidado (*advanced care planning*)¹¹⁵.

paciente, cogita-se do interesse subjacente do Congresso de que provocaria a diminuição dos custos com tratamentos de fim de vida.

Sobre o assunto ver: WIKIPÉDIA. **Patient Self-Determination Act**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Patient_Self-Determination_Act>. Acesso em: 21 dez. 2016 e PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 61-63.

¹¹² Nesse sentido: “The written advance directive had its origins in proposals for what was originally called a “Living Will”. First proposed by Luis Kutner in the 1930s, the written instruction directive was promoted starting in the 1970’s by the Euthanasia Educational Council. It used the language of “artificial or heroic means”, terms that we have seen now are thought to be too ambiguous for such document”. (Livre tradução: As diretivas antecipadas surgiram na proposta para o que foi originalmente chamado de «testamento vital». Inicialmente proposta por Luis Kutner, na década de 1930, as diretivas escritas foram utilizadas a partir da década de 1970 pelo Conselho Educacional para Eutanásia. Foi utilizada a expressão “meios artificiais ou heróicos”, termos que vimos agora, são considerados demasiados ambíguos para tais documentos). VEATCH, Robert M. **The Basics...**, p. 104.

¹¹³ Refere Dadalto ao tratar do caso Nancy Cruzan e da legislação federal que se seguiu: “Este caso é apontado como o mais emblemático na luta pelo direito de morrer por ter gerado nos indivíduos um temor de que, caso ficassem em situação similar à de Nancy, fosse exigido judicialmente prova do desejo de interromper o tratamento. Neste contexto social e sob forte clamor público os EUA aprovaram em 1991 a Patient Self Determination Act (PSDA), primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente”. DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 100.

¹¹⁴ A nomenclatura adotada pela tradução de “*living will*” gera divergências. Considerando que no inglês o termo “*will*” pode ser considerado como testamento ou vontade, é de se presumir que pretendesse designar vontade em vida. Sobre a terminologia ver item 4.3.1.

¹¹⁵ Indicado como uma abordagem alternativa, o planejamento terapêutico seria realizado dentro da situação de doença do paciente e como tal mais próximo a realidade. O assunto foi tratado, nesta tese, de forma mais detalhada no item 3.5.2

Nesse sentido ver NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 2, p. 248, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/06.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

A despeito da legislação federal, vários Estados americanos editaram regras próprias, tratando algumas questões de forma diversa, como por exemplo, o conceito de paciente terminal.

Os instrumentos referidos serviram de base para se estabelecer as diretivas, ainda que com novas e diversas denominações ao longo do tempo e dos locais em que foram adotados.

Na Europa pode ser considerado como um marco a Convenção de Oviedo sobre Direitos Humanos e Biomedicina¹¹⁶ que estabelece no art. 5º a necessidade de prévio consentimento e no art. 9º, expressamente, a obrigação de serem consideradas manifestações antecipadas realizadas. A disposição trata do tema de forma ampla e assim refere: *“A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”*¹¹⁷.

A convenção foi ratificada por vinte e nove dos Estados Membros do Conselho da Europa. Na esteira da Convenção, seguem-se alterações e criações legislativas distintas nesses vários países. Na maioria deles é reconhecida a possibilidade de recusa de tratamento, assim como a possibilidade de manifestação prévia. Pode-se, de qualquer forma, afirmar que o caminho que está sendo trilhado é pelo reconhecimento da capacidade de autodeterminação do paciente¹¹⁸.

¹¹⁶ Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine) de 4 de abril de 1997. RESOLUÇÃO da Assembleia da República n.º 1/2001. Aprova, para ratificação, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998. Disponível em: <www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

¹¹⁷ Disponível em: <www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

¹¹⁸ Refere o TEDH em decisão proferida no caso Lambert x France: “According to the information available to the Court concerning 39 of the 47 Council of Europe member States, no consensus exists in practice in favour of authorising the withdrawal of treatment designed only to prolong life artificially. In the majority of countries the legislation prohibits withdrawal or is silent on the subject. In those countries which permit it, this possibility is provided for either in legislation or in non-binding instruments, most often in a code of medical ethics. In Italy, in the absence of a legal framework, the withdrawal of treatment has been recognized in the courts’ case-law.” (Livro tradução: “De acordo com as informações disponíveis ao Tribunal relativa a 39 dos 47 Estados-membros do Conselho da Europa, não existe consenso na prática a favor de autorizar a interrupção de tratamento destinado apenas a prolongar a vida artificialmente. Na maioria dos países, a legislação proíbe a suspensão ou é silente sobre o assunto. Nos países que permitem, esta possibilidade está prevista na legislação ou em instrumentos não vinculativos, na maioria das vezes em um código de ética médica. Na Itália, na ausência de um quadro jurídico, a interrupção do tratamento tem sido reconhecida na jurisprudência dos tribunais”). CASE of Lambert..., p. 25.

Na Espanha a lei estatal nº 41/2002 de 14 de novembro, que regula a autonomia do paciente e os direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, dispõe sobre o que convencionaram chamar de “instrucciones previas” (instruções prévias), em razão das críticas apresentadas ao termo “voluntades anticipadas” (vontades antecipadas).

As instruções prévias estão disciplinadas no art. 11¹¹⁹ da lei. Preveem documento de manifestação da pessoa livre e capaz, que conste os cuidados e tratamentos de sua saúde ou a designação de um representante para servir de interlocutor nos momentos em que não tenha mais condições de se manifestar. A constitucionalidade da referida lei foi debatida e expressamente reconhecida pela Corte Espanhola¹²⁰.

¹¹⁹ Artículo 11. Instrucciones previas. 1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito. 3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lexartis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. 4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. 5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. (Livre tradução: “Artigo 11. Instruções Prévias. 1. Pelo documento de instruções prévias, uma pessoa maior de idade, capaz e livre, manifesta antecipadamente sua vontade, com objetivo que esta se cumpra no momento em que chegue a situações em cujas circunstâncias não seja capaz de expressá-los pessoalmente, sobre os cuidados e tratamentos de saúde ou, uma vez falecendo, sobre o destino de seu corpo e de seus órgãos. O outorgante do documento pode designar ainda, um representante para que, chegado o caso, sirva como seu interlocutor com o médico e a equipe de saúde para buscar o cumprimento das instruções prévias. 2. Cada serviço de saúde regulará o procedimento adequado para que, chegado o caso, se garanta o cumprimento das instruções prévias de cada pessoa, que devem constar sempre por escrito. 3. Não serão aplicadas instruções prévias contrárias à lei, a “lexartis”, ou que não correspondem à situação de fato que o declarante tenha previsto no momento em que se manifestou. No registro clínico do paciente deve constar as anotações relacionadas a essas previsões. 4. As instruções podem ser livremente revogadas a qualquer momento, mediante um registo escrito. 5. A fim de assegurar a eficácia em todo o território nacional das instruções expressas pelos pacientes e formalizadas em conformidade com as disposições da legislação das respectivas Comunidades Autónomas, será criado no Ministério da Saúde o Registro Nacional de instruções para ser regida pelas regras previstas pela regulamentação, com o acordo do Conselho Inter-Territorial do Sistema Nacional de Saúde”). ESPANHA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre...**

¹²⁰ A informação é trazida por Dadalto: “A constitucionalidade desta lei foi questionada, principalmente no que tange aos aspectos formais como a promulgação como lei ordinária e o caráter privado das disposições (que por assim serem, não poderiam ser tratadas em uma lei eminentemente pública, haja vista que essa lei trata de direitos sanitários), e o *Consell Consultiu de la Generalitat* se pronunciou expressamente sobre o art. 11 da Lei nº 41/2002, declarando sua constitucionalidade e o caráter de norma privada dos pontos 1, 3 e 4 desse artigo”. DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, p.112.

Embora se trate de lei estatal de caráter geral, as unidades autônomas espanholas também possuem competência para dispor sobre o tema. Nesse sentido cabe referir a Lei nº 03/2005, da Comunidade de Madrid, que regula o exercício do direito de formular instruções prévias no âmbito sanitário e cria o registro correspondente.

Rodriguez adverte que a existência de contradições nas legislações locais pode gerar, no futuro, insegurança jurídica quando manifestações realizadas em uma determinada região autônoma e de acordo com suas regras venham a ser aplicadas em outra região. Sustenta que o ideal seria a inexistência de divergência, quanto mais que se está no campo dos direitos das pessoas que deveriam se sobrepor ao direito dos territórios¹²¹.

Segundo Del Cano a utilização desses documentos tem se mostrado positiva e são um importante passo para a defesa da autonomia do paciente¹²².

No ano de 2007 é estabelecido pelo Real Decreto 124 o registro nacional das instruções prévias, visando conceder eficácia ao instrumento, uma vez que é imprescindível que possam ser acessados nos momentos em que se deva conhecer sua existência e conteúdo¹²³.

¹²¹ Refere o autor: “Es lo cierto que en una materia como la que estamos tratando lo ideal seria que no existieran divergencias entre la ley básica estatal y la legislación autonómica, máxime se lo que se pretende es una realización efectiva de los derechos de las personas. A mi modo de ver los derechos de los territorios no pueden pasar por encima de los derechos de las personas, y a veces al analizarlas diferencias entre las legislaciones y, en algunos casos, las abiertas contradicciones con la legislación básica estatal que presenta la normativa de algunas autonomías parece que estamos empeñados en hacer difícil lo fácil, y en remarcar un hecho diferenciador que sin Duda va enper juicio de los derechos de los propios ciudadanos”. (Livre tradução: “É certo que em uma matéria como esta que estamos tratando o ideal seria que não existissem divergências entre a lei básica nacional e as legislações autônomas, quanto mais que se pretende a realização efetiva dos direitos da pessoa. No meu modo de ver os direitos dos territórios não podem passar por cima dos direitos das pessoas, e as vezes, ao analisar as diferenças entre as legislações e, em alguns casos, as contradições abertas com a legislação básica estatal que representa a normativa de algumas autonomias parece que estamos empenhados em fazer difícil o mais fácil, e em marcar um eixo diferenciador que sem dúvida vai em prejuízo dos direitos dos próprios cidadãos”). RODRIGUEZ, José Ramón Díez. Legislacion Estatal y Autonómica sobre Voluntades Anticipadas. In: CANO, Ana M^a Marcos del (Ed.). **Voluntades anticipadas**. Madrid: Dykinson, S. L., 2014. p. 126.

¹²² Refere a autora: En general, la valoración de estos instrumentos surgidos ante necesidades concretas de la práctica de la Medicina, viene siendo positiva. Una gran parte de los estudiosos en el campo de la Bioética y el Bioderecho consideran que la concreción de la voluntad del paciente, cuando éste ya há perdido la consciencia, es un importante paso adelante en defensa de la autonomia del individuo. (Livre tradução: Em geral, a valoração desses instrumentos surgidos da necessidade concreta da prática da Medicina, vem sendo positiva. Uma grande parte dos estudos no campo da Bioética e do Biodireito consideram que a concreção da vontade do paciente quando este já perdeu a consciência, é um importante passo em defesa da autonomia do paciente).

DEL CANO, Ana M^a Marcos. Voluntades Anticipadas: Estado de la Cuestión. In: ____ (Ed.). **Voluntades anticipadas**. Madrid: Dykinson, S. L., 2014. p. 33

¹²³ DEL CANO, Ana M^a Marcos. Voluntades..., p. 32.

Na França, a Lei nº 2005-370 de 22 de abril, adotada pelo Parlamento, trata do direito do paciente e de questões relativas ao fim de vida, apresentando emendas ao Código de Saúde Pública, que com isso passou a prever as diretivas antecipadas de vontade em seu art. 1111-11¹²⁴.

As alterações propostas no Código de Saúde Pública surgem para dissipar ambiguidades e reforçam a capacidade de discernimento e de tomada de decisão do doente. Beloucif e outros fazem referência à nova legislação como um ato de maturidade da democracia francesa e atendimento às exigências de dignidade e justiça¹²⁵.

¹²⁴ Alteração do ano de 2005 que inclui as diretivas antecipadas - Article 7 Après l'article L. 1111-9 du code de la santé publique, il est inséré un article L. 1111-11 ainsi rédigé: «Art. L. 1111-11. - Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment. «A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant». Un décret en Conseil d'Etat définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées.» (Livre tradução: «Artigo 7 depois do artigo L. 1111-9 do Código de Saúde Pública, é inserido um artigo L. 1111-11, assim redigido: Art. L. 111-11 – Toda pessoa maior pode redigir suas diretivas antecipadas para o caso de, um dia, ser incapaz de manifestar sua vontade. Essas diretivas indicam os desejos da pessoa sobre fim de vida, referentes as condições de limitação ou suspensão de tratamentos. São revogados a qualquer momento. « Com a condição de que tenham sido estabelecidos a menos de três anos antes do estado de inconsciência da pessoa, o médico levará em consideração para qualquer decisão de investigação, intervenção ou de tratamento. «Um decreto do Conselho de Estado definirá as condições de validade, confidencialidade e preservação das diretivas antecipadas».) LEGIFRANCE.GOUV.FR. **LOI n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (1)**. JORF, n. 95, 23 avril 2005, p. 7089, texte n° 1 Disponível em:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000446240&categorieLien=id>>
Acesso em: 14 set. 2015.

¹²⁵ Referem: “On peut donc comprendre cette évolution dans notre législation comme une ctequitémoigne d’une maturité de notre vie démocratique dans son exigence de dignité et de justice: “Une chose n’est pas juste parcequ’elle est loi; mais elle doit être loi parcequ’elle est juste” (Montesquieu)”. (Livre tradução: Podemos compreender essa mudança na nossa legislação como um ato que demonstra uma maturidade de nossa vida democrática na sua demanda por dignidade e justiça: “uma coisa não é justa porque é lei, mas deve ser lei porque é justa” (Montesquieu)”).

Os autores analisam os termos da Lei nº 2005-370 e referem: “la loi procède d’un principe general qui fixe l’interdiction d’une “obstination déraisonnable”, ce qui permet d’évoluer d’un objectif curatif vers une option de soins palliatifs, y compris lors que certaines décisions de sédation visant à éviter les douleurs sont susceptibles d’affecter la durée de la vie. Le dispositif préconisé apporte également des solutions concrètes aux différentes réalités auxquelles les personnes malades et les équipes soignantes peuvent être confrontées. Plusieurs situations sont ainsi envisagées. Elles tiennent compte de la capacité de discernement et donc de décision de la personne malade ou de son impossibilité de formuler des choix du fait d’un coma, et de l’évolution de la maladie”. (Livre tradução: A lei decorre de um princípio geral que estabelece a proibição de uma “obstinação irracional”, permitindo evoluir de um objetivo de cura para uma opção de cuidados paliativos, compreendendo também a sedação mesmo quando certas decisões para evitar a dor podem afetar a duração da vida. O dispositivo preconiza também o aporte de soluções concretas para as diferentes realidades com as quais os pacientes e as equipes de saúde podem ser confrontadas. Várias situações são assim consideradas. Levam em conta a capacidade de discernimento e de decisão do paciente ou a sua incapacidade de fazer as escolhas devido a um coma ou a evolução de uma doença”). BELOUCIF, Sadek; HIRSCH, Emmanuel; MARTY, Jean. Droit des malades et fin de vie: Une exigence de dignité et de justice. In: HIRSCH, Emmanuel (Org.). **Face aux fins de vie et à la mort**: éthique, société, pratiques professionnelles. 3. ed. Paris: Vuibert, 2009. pp. 55-56.

Recentemente, o Código de Saúde Pública foi novamente alterado, mantendo a previsão das diretivas antecipadas, agora de forma mais detalhada. Como inovações, pode-se citar a exigência do declarante indicar se está ou não em situação de doença grave ou terminal, bem como a possibilidade de, com autorização judicial, o curatelado redigir suas próprias diretivas¹²⁶.

¹²⁶ **Article L1111-11** Modifié par LOI n°2016-87 du 2 février 2016 - art. 8. Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux. A tout moment et par tout moyen, elles sont révisables et révocables. Elles peuvent être rédigées conformément à un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Haute Autorité de santé. Ce modèle prévoit la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige. Les directives anticipées s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale. La décision de refus d'application des directives anticipées, jugées par le médecin manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient, est prise à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire et est inscrite au dossier médical. Elle est portée à la connaissance de la personne de confiance désignée par le patient ou, à défaut, de la famille ou des proches. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les conditions d'information des patients et les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées. Les directives anticipées sont notamment conservées sur un registre national faisant l'objet d'un traitement automatisé dans le respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Lorsqu'elles sont conservées dans ce registre, un rappel de leur existence est régulièrement adressé à leur auteur. Le médecin traitant informe ses patients de la possibilité et des conditions de rédaction de directives anticipées. Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de tutelle, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, elle peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion.

Article L1111-12. Modifié par LOI n°2016-87 du 2 février 2016 - art. 10. Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin a l'obligation de s'enquérir de l'expression de la volonté exprimée par le patient. En l'absence de directives anticipées mentionnées à l'article L. 1111-11, il recueille le témoignage de la personne de confiance ou, à défaut, tout autre témoignage de la famille ou des proches. (Livre tradução: "**Artigo L1111-11** Alterado pela lei nº 216-87 de 2 de fevereiro de 2016 – art. 8. Qualquer pessoa maior pode redigir suas diretivas antecipadas para o caso de se tornar incapaz de expressar sua vontade. Estas diretivas antecipadas expressarão a vontade da pessoa relativa ao seu fim de vida, no que concerne às condições de continuidade, limitação, suspensão ou recusa de tratamento ou de ato médico. A todo momento e por qualquer meio, são passíveis de revisão e revogação. Podem ser escritas de acordo com um modelo, cujo conteúdo será definido por decreto do Conselho de Estado, emitido após consulta à Alta Autoridade de Saúde. Esse modelo indicará a situação da pessoa conforme ela esteja ou não acometida de uma doença grave no momento em que são redigidas. As diretivas antecipadas se impõem ao médico para toda decisão de investigação, intervenção ou tratamento, salvo em caso de urgência vital, durante o tempo necessário para avaliação completa da situação até que as diretivas antecipadas se apresentem manifestamente inapropriadas ou não conformes a situação médica. A decisão de recusar a aplicação das diretivas antecipadas, julgadas pelo médico como manifestamente inapropriadas ou não conforme a situação médica do paciente, deve ser precedida de um procedimento colegiado definido por regulamento, e inscrito no prontuário médico. Deve ser dado a conhecer a pessoa de confiança designada pelo paciente ou, na sua falta, à família ou pessoas próximas. Um decreto do Conselho de Estado, emitido após consulta a Comissão nacional de informática e de liberdades, definirá os termos de informações dos pacientes e as condições de validade, confidencialidade e de conservação das diretivas antecipadas. As diretivas antecipadas serão armazenadas em um registro nacional, sem prejuízo de processamento automatizado de acordo com a lei nº 78-17 de 6 de janeiro de 1978, relativos a dados, arquivos e liberdade. Quando registrados, um lembrete de sua existência é enviado regularmente ao autor. O médico

Na Alemanha, no ano de 2009, são incluídas no Código Civil as seções 1901 -a até 1904, na parte que trata das tutelas, curatelas e guardas. Estabelece, especificamente, as chamadas diretivas antecipadas de vontade¹²⁷, prevendo a possibilidade de escritos que contenham os tratamentos ou intervenções médicas que a pessoa consente ou proíbe.

Em Portugal¹²⁸, no ano de 2012 é editada a lei nº 25, de 16 de julho, que estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, sob a forma do denominado testamento vital (TV) assim como regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV). No seu artigo 2º apresenta a definição de DAV, como sendo uma manifestação antecipada de vontade no que concerne aos cuidados de saúde que deseja

informará seus pacientes da possibilidade e das condições de redação das diretivas antecipadas. Quando uma pessoa está sujeita a uma tutela, nos termos do Capítulo II do Título XI do Livro I do Código Civil, poderá escrever suas diretivas antecipadas com a autorização do juiz ou do conselho de família, se foi formado. O tutor não pode nem assisti-lo nem representa-lo nesta ocasião. **Artigo L1111-12.** Alterado pela Lei nº 2016-87 de 02 de fevereiro de 2016 - art. 10. Sempre que uma pessoa, uma fase avançada ou terminal de uma doença grave e incurável, qualquer que seja a causa, é incapaz de expressar a sua vontade, o médico tem o dever de perguntar sobre a expressão da vontade manifestada pelo paciente. Na ausência de diretivas antecipadas mencionados no artigo L. 1111-11, deve recolher o testemunho da pessoa de confiança ou, na sua falta, qualquer outra evidência da família ou pessoas próximas”) LEGIFRANCE.GOUV.FR. **LOI nº 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1).** Disponível em:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/2/2/2016-87/jo/texte>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹²⁷ No alemão designado de “*Patientenverfügungen*”. *Leitura da tradução para o inglês. Division 3 - Guardianship, legal curatorship, custodianship* - Title 2 - Legal custodianship - Section 1901 a Living will (1) If a person of full age who is able to consent has determined in writing, for the event of his becoming unable to consent, whether he consents to or prohibits specific tests of his state of health, treatment or medical interventions not yet directly immanent at the time of determination (living will), the custodian must examine whether these determinations correspond to the current living and treatment situation. If this is the case, the custodian must see to it that the will of the person under custodianship is done. A living will may be revoked at any time without a specific form.[...]. (Livre tradução: “Divisão 3 - Tutela, curatela legal, guarda – Título 2 – Custódia legal – Seção 1901ª Testamento Vital. (1) Se uma pessoa maior de idade que é capaz de consentir, determinou, por escrito, para o caso de se tornar incapaz de manifestar, se consente ou proíbe testes específicos de seu estado de saúde, de tratamento ou de intervenções médicas, ainda não presentes no tempo da determinação (testamento vital), quem estiver com a custódia deve examinar se estas determinações correspondem à atual situação de vida e tratamento. Se este for o caso, deve fazer com que a vontade da pessoa sob custódia seja feita. A manifestação pode ser revogada a qualquer momento, sem uma forma específica. [...]). BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German Civil Code: BGB.** 2015. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹²⁸ Portugal aprova a Convenção de Oviedo para ratificação no ano de 2000. Consta do termo de aprovação: “A Assembleia da República resolve, nos termos da alínea i) do artigo 161.º e do n.º 5 do artigo 166.º da Constituição, aprovar, para ratificação, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998, cujas versões autênticas em língua francesa e inglesa, e tradução em língua portuguesa, seguem em anexo. Aprovada em 19 de Outubro de 2000. O Presidente da Assembleia da República, António de Almeida Santos”. Disponível em: <www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

ou não receber, no caso de se encontrar incapaz de expressar pessoalmente a sua decisão¹²⁹.

O registro nacional dos testamentos vitais foi implantado em 01 de julho de 2014 e, com um ano de sua existência, contabilizava 1.468 testamentos vitais registrados¹³⁰.

Assim, na esteira da Convenção de Oviedo, diversos países regulamentaram a possibilidade de manifestação antecipada de vontade, ato de respeito à pessoa e de manutenção de sua autonomia.

Mesmo com divergências entre os Estados Membros da Comunidade Europeia, quanto à forma ou requisitos, por exemplo, o que se verifica é que as legislações acolhem a ideia de reconhecimento da capacidade de autodeterminação da pessoa, mesmo enquanto doente.

¹²⁹ Capítulo II – Diretivas antecipadas de vontade – Artigo 2º - Definição e conteúdo do documento- 1 - As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente. 2 - Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente: a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais; b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte; c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada; d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental; e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos. PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 25/2012 de 16 de julho...**

¹³⁰ Decorrido um ano de atividade do RENTEV, é apresentada a estatística de documentos realizados em notícia de 1 de Julho de 2015, exactamente um ano depois: “Registo Nacional do Testamento Nacional (RENTNV) arrancou há um ano e neste momento conta com 1468 testamentos vitais ativos, ou seja, completamente concluídos. A maioria dos registos pertence ao género feminino, com 908 diretivas antecipadas de vontade ativas. No que respeita ao sexo masculino, o sistema informático, registou 562 testamentos ativos, desde Julho de 2014”. SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSepe). **RENTNV: um ano a registrar testamentos vitais.** 2015. Disponível em: <<http://spms.min-saude.pt/blog/2015/07/01/rentev-um-ano-a-registar-testamentos-vitais/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Na sequência, nova informação foi divulgada no site em fevereiro de 2016, indicando um total de 2.207 testamentos validados, ou seja, em pouco mais de oito meses, um acréscimo de cerca de 50%.

SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSepe). **2201 portugueses já expressaram os tratamentos que pretendem ou não receber em caso de doença.** 26 fev. 2016. Disponível em: <<http://spms.min-saude.pt/2016/02/testamento-vital/>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

De acordo com notícia recentemente divulgada, é possível verificar que nos últimos meses houve um incremento de registro, se comparado com o período anterior. De acordo com a notícia, o número de testamentos vitais já chega a cerca de 6.000, ou seja, mais do que dobrou de acordo com os dados anteriores. Mas, ainda assim, representa um pequeno percentual se comparado com a população portuguesa, tanto que o governo pensa em campanhas de esclarecimento, segundo noticiado. Nesse sentido reportagem publicada em 03 de janeiro de 2017, no Diário de Notícias.

CAPUCHO, Joana. Só 6 mil têm testamento vital. Governo queria 20 mil em seis meses. **DN**, Sociedade, 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.dn.pt/sociedade/interior/so-6-mil-tem-testamento-vital-e-preciso-dar-mais-informacao-5582702.html>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

A Itália, apesar de ter firmado a Convenção de Oviedo, até a presente data, não possui legislação que estabeleça as diretivas antecipadas, embora haja diretrizes que se encaminham para o reconhecimento da autonomia do paciente. O caso Eluana Englaro (acordão analisado no item 1.6.3) foi catalizador de debates sobre as diretivas no país que, contudo, permanece sem legislação sobre o tema¹³¹. Em manifestação de novembro de 2016, Battista refere exatamente a dificuldade de andamento de projeto de lei para tratar do que os italianos denominam de *testamento biológico*, com debates polarizados que encaminham para situações específicas e limítrofes, que não dizem com a questão da autonomia da pessoa¹³².

¹³¹ Alves narra o encaminhamento legislativo e administrativo da questão, durante e na sequência do caso Eluana Englaro: “O caso passou por diversas instâncias judiciais, pois o pai de Eluana afirmava que a filha havia manifestado contrariedade quanto à manutenção artificial da vida em diversos momentos. O recolhimento de testemunhos de pessoas próximas a Eluana não foi suficiente para a efetiva retirada de tratamento, juntamente com o fato de que o caso ganhou as páginas dos jornais e inflamou o debate político do país. Durante a votação de um projeto de lei relativo à alimentação e à hidratação artificial no Senado italiano, em 09 de fevereiro de 2009, Eluana faleceu. Os parlamentares decidiram retirar de pauta o texto e transferir o debate para o documento relativo ao “testamento biológico” e os casos de fim de vida. Atualmente, tramita na Câmara italiana projeto de lei sobre o chamado “testamento biológico”, pois, conforme já referido, não existe texto legal que regule as decisões relativas ao fim de vida no país. A base jurídica relativa a essa questão tem sido a Constituição italiana que, em seu art. 32, dispõe que ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, a não ser por disposição de lei. É interessante citar o fato de que muitas prefeituras, em virtude dessa insegurança jurídica e à contraposição de ideologias em relação ao caso, começaram a recolher manifestações escritas de vontade de cidadãos que assim decidissem proceder. Por exemplo, o “Comune de Massa”, na Toscana, elaborou formulário de declaração substitutiva de ato notarial para a entrega de *testamento biológico* perante um funcionário do “Comune”. Contudo, esses registros foram considerados sem qualquer eficácia jurídica pelos Ministros da Saúde, do Bem-Estar e do Interior italianos. Entendeu-se que o recolhimento das diretivas antecipadas de vontade por parte das Prefeituras era ilegítima, por se tratar de matéria de competência legislativa do Estado”.

ALVES, Cristiane Avancini. **Bioética e direitos humanos**: análise sobre o início e o fim de vida. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2015. pp. 105-106.

¹³² Nesse sentido, a reportagem publicada em 13 de novembro de 2016: “Tutti a dire: che peccato, se n'è andato Umberto Veronesi che tanto parlava (con posizioni aperte, ovviamente passibili di ogni critica) di una buona legge sul fine vita. Ecco allora: che fine ha fatto la legge sul testamento biologico? Sparita, annegata, impantanata in qualche commissione parlamentare, all'oscuro dell'opinione pubblica. Ricordate il caso di Eluana Englaro? Allora ci si appassionò. Ci dilaniammo, anche con toni esagitati ed estremi, sulla vita e sulla morte, pensavamo che non si potesse aspettare troppo, che una legge nuova fosse all'ordine del giorno, che la non scelta lasciasse troppo spazio all'arbitrio su un tema fondamentale, ineludibile. E invece? Tranne i Radicali che si battono per l'eutanasia, e i gruppi cattolici oltranzisti che non vogliono lasciare spazio a nessuno spiraglio di autodeterminazione e di autonomia delle persone, nessuno mette più il tema del testamento biologico in cima all'agenda delle cose importanti da fare. **Era il 2009, quando l'opinione pubblica** si divise sul caso Englaro. Sono passati sette anni e noi sappiamo con certezza che ne passeranno altrettanti prima di avere una legge, prima di interessare i vertici della politica, prima di scongelare la discussione sul fine vita dal frigorifero di una commissione parlamentare che esaminerà le varie proposte di legge con negligente lentezza. Un tema così importante che coinvolge la vita delle persone, gli affetti primari delle famiglie, che affronta dimensioni così importanti per la società e per i singoli come il dolore, la dignità dell'esistenza, la malattia, le ragioni stesse del vivere, questo tema viene messo da parte. L'opinione pubblica, si sa, è ondivaga, ha un rapporto volubile con le emozioni collettive: un giorno è trascinata nel gorgo delle passioni, il giorno dopo si re-immmerge nell'indifferenza. Ma la politica non dovrebbe essere schiava delle emozioni collettive. Dovrebbe proporre soluzioni che anticipino l'emergenza. E purtroppo la triste fine della legge sul testamento biologico dimostra che non

No acórdão proferido pelo TEDH, analisado no item 1.6.4, é reconhecido esse espaço de liberdade para que os Estados membros da Comissão Europeia possam adequar suas legislações, considerando seus valores nacionais, desde que atendam ao princípio maior da convenção firmada¹³³.

No ano de 2012 a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa reafirma questões de proteção aos direitos humanos e dignidade levando em consideração

sono farraginosi meccanismi istituzionali e costituzionali (come si dice in questa campagna referendaria) a seppellire ogni innovazione nella lentezza inconcludente, bensì la mancanza di convinzione, la voglia di rimandare tutto all'infinito, nel sapere che in questa legislatura il tema del fine vita non verrà mai alla ribalta, neanche fosse una quisquilia, un lusso superfluo.”(Livre tradução – Englaro e o triste fim do testamento biológico. Tudo para dizer: que pecado a partida de Umberto Veronesi que tanto falava (com posições abertas, naturalmente sujeita a críticas) de uma boa lei sobre fim da vida. Então: o que aconteceu com a lei sobre testamentos biológicos? Desaparecida, afogada, atolada em alguma comissão parlamentar, sem considerar a opinião pública. Recordam-se do caso de Eluana Englaro? Na sequência houve o interesse. Esboçamos, mesmo com tons frenéticos e extremos, sobre a vida e a morte, pensávamos que não poderíamos esperar muito, que uma nova lei estava na ordem do dia, que a não escolha deixava muito espaço ao arbítrio em uma questão fundamental, inevitável. E em vez disso? Exceto os radicais que lutam pela eutanásia, e os grupos extremistas católicos que não querem deixar espaço para qualquer lampejo de autodeterminação e autonomia das pessoas, ninguém coloca mais o tema do testamento biológico no topo da agenda das coisas importantes a fazer.

Foi em 2009, quando a opinião pública estava dividida sobre o caso Englaro. Sete anos se passaram e nós sabemos com certeza que passarão outros tantos anos antes de ter uma lei, antes de interessar os líderes políticos, antes de retirar a discussão sobre o fim da vida do frigorífico de uma comissão parlamentar que irá analisar as várias propostas com negligente lentidão. Uma questão tão importante que envolve a vida das pessoas, os afetos primeiros da família, que enfrenta dimensão tão importante para a sociedade e para os indivíduos, tais como dor, a dignidade da existência, a doença, as razões para viver, este tema ele é colocado de lado. A opinião pública, se sabe, oscila, tem uma relação volátil com as emoções coletivas: um dia é arrastada para o turbilhão das paixões, no dia seguinte se vê imersa na indiferença. Mas a política não deve ser escrava das emoções coletivas. Deve propor soluções que antecipam a emergência. E, infelizmente, o triste fim da lei sobre testamentos biológicos demonstra que não são complicados mecanismos institucionais e constitucionais (como dizem nesta campanha do referendo) para enterrar todas as inovações em uma lentidão inconclusiva, mas a falta de convicção, o desejo de adiar tudo para o infinito, sabendo que nessa legislatura a questão do fim da vida não será mais o centro das atenções, mesmo que fosse uma ninharia, um luxo supérfluo).

BATTISTA, Pierluigi. Englaro e la triste fine del testamento biológico. **Corriere Dela Sera**, Opinioni, 13 nov. 2016. Disponível em: <http://www.corriere.it/opinioni/16_novembre_14/englaro-triste-fine-e1dfb65a-a9d2-11e6-9e75-99cc0b521152.shtml?refresh_ce-cp>. Acesso em: 15 nov. 2016.

¹³³ “The Court reiterates that it was primarily for the domestic authorities to verify whether the decision to withdraw treatment was compatible with the domestic legislation and the Convention, and to establish the patient's wishes in accordance with national law. The Court's role consisted in ascertaining whether the State had fulfilled its positive obligations under Article 2 of the Convention.[...] Consequently, the Court concludes that the domestic authorities complied with their positive obligations flowing from Article 2 of the Convention, in view of the margin of appreciation left to them in the presente case. (Livre tradução: “O Tribunal reitera que compete, essencialmente, às autoridades nacionais verificarem se a decisão de interromper o tratamento era compatível com a lei interna e a Convenção, e para estabelecer a vontade do paciente, de acordo com a legislação nacional. O papel do Tribunal consiste em avaliar se o Estado cumpriu com suas obrigações positivas nos termos do artigo 2 da Convenção. [...] Por conseguinte, o Tribunal conclui que as autoridades nacionais cumpriram com as suas obrigações positivas decorrentes do artigo 2 da Convenção, tendo em vista a margem de apreciação que lhes é deixada no caso presente”). CASE of Lambert..., p. 50.

desejos expressos previamente pelos pacientes, editando a Resolução nº 1.859¹³⁴. Estabelece diretrizes importantes a serem observadas pelos Estados signatários, tais como a preferência por documentos escritos e a importância de um registro das diretivas antecipadas, de forma que se possa ser acessado quando necessário.

No ano de 2014, a Comissão Europeia publicou um guia sobre o processo de decisão relativo a tratamentos médicos em situações de fim de vida, com vários conceitos e informações a serem considerados no processo de tomada de decisão¹³⁵.

Na América Latina o andamento legal é bem mais lento. Dadalto, ao analisar a experiência estrangeira sobre o tema, refere à existência da Lei nº 160 de Porto Rico, datada ainda de 2001, que permite à pessoa maior e capaz declarar previamente sua vontade de ser submetida ou não a determinado tratamento médico, ante a eventualidade de ser vítima de alguma condição de saúde ou de estado vegetativo persistente que não lhe permita expressar-se durante o momento em que dito tratamento deverá, ou não, ser administrado¹³⁶.

Na Argentina foi editada a lei 26.529, de 21 de outubro de 2009¹³⁷, embora já contasse com legislação anterior, em nível provincial, datada do ano de 2007¹³⁸. Mais

¹³⁴ PARLIAMENTARY ASSEMBLY. Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients. 2012. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=18064&lang=en>>. Acesso em: 15 de set. 2015.

¹³⁵ A Launching Conference of the Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations, organised by the Committee on Bioethics (DH-BIO), took place on 5 May 2014 in Strasbourg, France, under the auspices of the Austrian Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe. The objective of this conference was not only to present the Guide, but also to benefit from the feedback of professionals and patients on this document. (Livre tradução: “A Conferência de Lançamento do Guia sobre o processo de tomada de decisões em relação ao tratamento médico em situações de fim de vida, organizado pelo Comitê de Bioética (DH-BIO), teve lugar no dia 05 de maio de 2014, em Estrasburgo, França, sob os auspícios da presidência austríaca do Comité de Ministros do Conselho da Europa. O objetivo desta conferência era não só apresentar o Guia, mas também beneficiar-se com o *feedback* dos profissionais e pacientes sobre este documento”). COUNCIL OF EUROPE. **End of life**. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/bioethics/end-of-life>>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹³⁶ Cfr. DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, p. 122.

¹³⁷ Estabelece a referida legislação: ARTICULO 11. — Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes. (Livre tradução: “Artigo 11. – Diretivas antecipadas. Toda pessoa capaz, maior de idade pode dispor de diretivas antecipadas sobre sua saúde, podendo consentir ou recusar determinados tratamentos médicos, preventivos ou paliativos, e decisões relativas a sua saúde. As diretivas devem ser aceitas pelo médico responsável, salvo as que impliquem em desenvolver práticas de eutanásia, que serão tidas como inexistentes”). ARGENTINA. **Ley 26.529, de Noviembre 21 de 2009**. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>. Acesso em: 16 set. 2015.

recentemente, foi promulgado o novo Código Civil, com entrada em vigor em meados de 2015, que dispõe em seu art. 60 sobre as diretivas médicas antecipadas, prevendo a possibilidade de manifestações nesse sentido, embora não estabeleça outros requisitos¹³⁹.

O Uruguai, por sua vez, publicou em 2009 a Lei nº 18.473 sobre a matéria. Alves salienta como diferença importante em relação às demais legislações que tratam do tema a necessidade de comunicação à Comissão de Bioética da instituição nos casos de suspensão de tratamento. Esta Comissão deverá se pronunciar em 48h, sob pena de ser considerada tacitamente aprovada a suspensão¹⁴⁰.

No Brasil, como costuma acontecer com temas dessa natureza¹⁴¹, há apenas regulamentação do Conselho Federal de Medicina que, no ano de 2012, por meio da

¹³⁸ Informa Dadalto: “A província de Rio Negro positivou este instituo com a Lei n. 4263 promulgada em 19 de dezembro de 2007. Esta é a primeira lei argentina – ainda que em nível provincial – a tratar especificamente sobre as diretivas antecipadas”. DADALTO, Luciana. **Testamento vital**, p. 124.

¹³⁹ Nesse sentido ver ALVES, Cristiane Avancini. **Bioética...**, p. 104.

Salienta-se que o novo Código tinha previsão inicial de vigência em 01.01.2016. A Lei 27.077/14 adiantou a entrada em vigor do novo código para 01.08.2015. As diretivas antecipadas estão estabelecidas no Capítulo 3, do Título 1, do Livro Primeiro do Código Civil argentino, que trata dos direitos e atos personalíssimos. Dispõem o art. 60:

“ARTÍCULO 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.” (Livre tradução: “Artigo 60 – Diretivas médicas antecipadas. A pessoa plenamente capaz pode antecipar diretivas e conferir mandato a respeito de sua saúde e em previsão de sua própria incapacidade. Pode também designar a pessoa ou pessoas para expressar o consentimento para os atos médicos e para exercer sua curatela. As diretivas que impliquem desenvolver práticas de eutanásia se tem por não escritas. Esta declaração de vontade pode ser livremente revogada a todo momento.”)

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹⁴⁰ A autora ainda salienta: “Do mesmo modo, as instituições de saúde deverão comunicar todos os casos de suspensão de tratamento à “Comisión de Bioética y Calidad Integral de La Atención de La Salud del Ministerio de Salud Pública” (art. 8º). Ainda, tem-se a ressalva de “não discriminação” presente no art. 11, que afirma que as instituições públicas e privadas de prestação de serviços de saúde não podem condicionar a aceitação do usuário com base nele ter ou não ter um documento de vontade antecipada. Aqui, faz-se uma importante conexão com o princípio da não-discriminação e não-estigmatização presente na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (art. 11)”. ALVES, Cristiane Avancini. **Bioética...**, p. 104.

¹⁴¹ Na mesma esteira, questões relativas a reprodução assistida apenas são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina. Atualmente, a matéria é disciplinada na Resolução nº 2.121/15. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Resolução nº 1.995¹⁴², previu a possibilidade de manifestação prévia sobre cuidados de saúde para momentos em que a pessoa não possa se manifestar.

Com base na pesquisa realizada, contudo, é possível afirmar que a regulamentação é tímida e demonstra que a comunidade médica, embora comece a reconhecer a importância de respeito à pessoa do paciente, ainda sente dificuldade de tratar de temas de fim de vida e conferir maior poder a decisão do paciente.

Embora se reconheça a necessidade de interação médico/paciente para tomadas de decisões nesse âmbito e a importância desse consenso, ainda deve ser trilhado um grande caminho para que a autonomia pessoal seja valorizada e reconhecida. Na esfera jurídica, igualmente, os debates são incipientes¹⁴³.

Conforme se verificou no breve apanhado legislativo internacional feito acima, as diretivas antecipadas são tratadas em atos legislativos diversos. Alguns incluíram na legislação civil, outros tratam de questões relativas à saúde pública, outros ainda em documentos genéricos que disciplinam o direito a autodeterminação do paciente, com o que incluem a possibilidade de documentos que disponham de forma antecipada sobre cuidados de saúde e, por fim, legislações específicas sobre o tema, como é o caso da lei portuguesa.

Embora o acolhimento das diretivas antecipadas pelas legislações nacionais possa vir no bojo de outras que tratem sobre temas como saúde, autodeterminação do

¹⁴² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Publicada D.O.U., 31 ago. 2012, Seção I, p. 269-270 Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=CFM&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=&resolucoesTexto=diretivas+antecipadas>. Acesso em: 13 out. 2015.

¹⁴³ A título exemplificativo citamos o acórdão de nº 70042509562 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual há debate sobre a recusa ou não de tratamento, mas centrando a discussão na divergência familiar, considerando a posição legal dos familiares em disputa e não o interesse maior da paciente. A decisão veio assim ementada: "CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011)". Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70042509562&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=++#main_res_juris>. Acesso em: 13 out. 2015.

paciente, etc., o fato de ser conferido um diploma legal específico indica a importância conferida ao tema.

Deve, contudo, ficar bem claro que o tratamento de diretivas antecipadas relativas a tratamentos e cuidados de saúde não possui ligação com decisões sobre eutanásia ou suicídio assistido.

Conforme referido acima, as diretivas antecipadas não poderão ir contra a lei nacional, de forma que, países nos quais a eutanásia não é autorizada, as cláusulas das diretivas nesse sentido não terão valor legal.

A distinção se impõe na medida em que temas como eutanásia e suicídio assistido, que serão analisados no item 2.3.1, são mais polêmicos e geram acirrado debate tanto na área médica como social.

A criação de instrumento que possibilite a manifestação antecipada de vontade para cuidados de saúde e fim de vida é um avanço no reconhecimento da autodeterminação do indivíduo, na sequência do reconhecimento de que nenhum tratamento médico ou científico pode ser realizado sem o consentimento prévio e esclarecido da pessoa.

Mantida a capacidade de compreensão, discernimento e comunicação, firma-se a doutrina de livre disposição do corpo e da vida da pessoa, de acordo com suas crenças, valores, vontades e desejos. Como todo direito reconhecido terá restrições de acordo com as normas internas de cada país, mas com nítida predominância de legislações que assegurem o exercício da autonomia pessoal, nos Estados democráticos de direito.

Uma pessoa que mantém autonomia e possibilidade de se autodeterminar de acordo com sua personalidade e convicções, somente tem sua dignidade preservada se também for conferido a ela o poder de decisão nos momentos finais de sua vida. Não é justo que após anos de determinações e decisões sobre sua vida, caso fique incapacitada, as decisões sejam transferidas para terceiros, quer familiares, quer equipe médica.

A presunção de que familiares teriam conhecimento da vontade do paciente não é uma verdade absoluta, muito em razão de se tratar de tema que pouco se discute em ambientes familiares, fato que se acentua na sociedade contemporânea onde debates sobre finitude são deixados de lado, conforme será analisado no item 2.1 desta tese.

Ademais, dentre os familiares, não raro há divergências contundentes e não há como distinguir qual estaria em maior acordo com a vontade do paciente. No que diz

respeito a decisões exclusivamente dos profissionais da área da saúde, essas seriam levadas pela crença do médico e não do paciente.

Nesses termos, pois, manifestações de vontade com projeções de situações de fim de vida, indicação de tratamentos que a pessoa quer ou não se submeter ou nomeação de pessoa de confiança que manifeste essa decisão são avanços com o intuito de assegurar a dignidade da qual toda pessoa é detentora.

Naturalmente que tais diretivas não são imunes à crítica, e que a adequação desses novos instrumentos no cotidiano das pessoas é tarefa de difícil concretude.

De toda sorte, pode-se afirmar que essas diretivas antecipadas vêm ganhando adesão cada vez maior e estão na pauta de debate das sociedades ocidentais.

Capítulo Segundo – A MORTE COMO ELEMENTO DA VIDA

2.1 O tratamento da morte na sociedade ocidental contemporânea¹⁴⁴

Toda a evolução humana gira em torno do esforço do homem para vencer a natureza e preservar sua vida. A natureza, que fornecia o alimento para a sobrevivência, era desafiadora e não raro trazia a morte. Aos poucos o homem aprendeu a driblá-la como um nômade buscando sempre as melhores condições e, após, domá-la, o que permitiu fixar seu lugar.

Para cada ameaça real criou uma forma de proteção, aumentando assim sua expectativa de vida ao longo dos tempos. Embora eficiente na preservação de sua vida e mesmo no seu prolongamento, ainda hoje não é capaz de evitar a morte, que permanece certa.

O ser humano tem consciência desse fim, embora não tenha como prever quando chegará para cada um. Desta forma, entre a certeza do fim e a incerteza do momento, segue na busca da sobrevivência e luta contra a morte, motivo de aprimoramento e evolução da humanidade que, por sua vez, conduz ao surgimento de novos problemas a serem enfrentados, em especial os de natureza ética.

Disso se tem a certeza de que a morte faz parte da vida humana, assim como dos demais seres vivos. A natureza viva segue o ciclo: nascimento, crescimento e morte. O mesmo se passa com o ser humano, de forma que a morte não é o antagonismo da vida, mas sim um de seus elementos dentro desse ciclo natural.

O milenar pensamento judaico já deixava clara a ideia religiosa de que a vida é uma benção divina, o que impõe a necessidade de saber como viver, mas reconhecia que *“a morte é um fenômeno natural, um acontecimento inevitável após o nascimento”*¹⁴⁵.

¹⁴⁴ A pesquisa referente à cultura da morte na sociedade ocidental contemporânea teve início ainda no ano de 2011, e gerou o relatório apresentado na cadeira de Direito Privado. Parte desse capítulo tem por base aquele trabalho, motivo pelo qual algumas manifestações e citações poderão coincidir.

¹⁴⁵ Ruah, apresentando o pensamento judaico, chama a atenção de que a Torah preocupa-se da vida e não da morte. Em razão disso que os ensinamentos são direcionados para o saber como viver, tentando conciliar princípios religiosos na vida cotidiana, tendo o respeito pela vida humana como um valor. A preocupação com saúde, higiene e dieta demonstra o valor conferido a vida. Contudo, quando tratam da morte, esta também é reconhecida como elemento da vida. Comenta o autor: “A morte, no pensamento judaico, é apenas o fim da vida. A vida física é assim balizada por dois fenômenos que dependem apenas da vontade de Deus, o nascimento e a morte. Bahya Ibn Pakuda – século XI – dizia: «a vida e a morte são irmãs; vivem na mesma casa. Estão ligadas uma à outra e tão juntas que jamais poderão ser separadas. Estão unidas pelos extremos de uma frágil ponte sobre a qual todos os seres da Criação têm de passar. O nascimento é a entrada e a morte é a sua saída». [...] O conceito de eternidade e do destino da alma ou de

O reconhecimento da dignidade humana impõe respeito à pessoa em todas as etapas de sua vida, e dentre elas a morte, fim do ciclo de existência do indivíduo.

Em retrospecto histórico é possível verificar períodos em que a morte foi considerada de forma mais tranquila e, em outros, de maior repulsa. Na sociedade contemporânea, vários são os aspectos que permitem constatar a dificuldade de tratar de um tema como esse.

Não deixa de ser paradoxal o fato de que à medida que evoluímos na esfera médico-científica, alcançando a cura de males que sequer eram pensados, a resistência em encarar de forma aberta a finitude passa a ser o tabu do século. Elisabeth Kubler-Ross reconhece esse descompasso e questiona: *“Quanto mais avançamos na ciência, mais parece que tememos e negamos a realidade da morte. Como é possível?”*¹⁴⁶

Na medida em que o sexo, antes considerado o grande tabu social, foi sendo tratado com maior naturalidade e abertura, transferiu-se a censura para a morte. Sgreccia, ao referir as formas inusitadas que utilizamos para evitar uma abordagem direta, sintetiza: *“já não há crianças a nascer debaixo das couves, mas há mortos a desaparecerem entre as flores”*¹⁴⁷.

Não resta dúvida de que se trata de assunto complexo e de difícil absorção. O reconhecimento da finitude humana implica em vários questionamentos quanto ao sentido da vida e o que haverá depois disso.

É bem verdade que a ciência consegue dar respostas para muitos fenômenos naturais e explicação para o funcionamento de nosso corpo e que as novas tecnologias mudaram consideravelmente a forma como encaramos o fim de vida. Não consegue, contudo, explicar todas as questões que se apresentam, encontrando a finitude da vida na finitude do corpo.

Mundo do Além, não modificam a verdade absoluta de que a morte é o fim da vida, são apenas incógnitas que rabinos e também sacerdotes de múltiplas religiões, filósofos e cabalistas pretendem explicar.” RUAH, Joshua. Religião judaica e bioética: a vida e a morte. In: SILVA, João Ribeiro et al. (Coord.). **Contributos para a bioética em Portugal**. Lisboa: Edições Cosmos, 2002. p. 254.

¹⁴⁶ Cfr. KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre...**, p. 11.

¹⁴⁷ Explica o autor: “A morte tornou-se um ‘tabu’, uma coisa inominável, que, tal como em tempos aconteceu com o sexo, não deve ser referida em público. No século XX, a morte tomou o lugar do sexo como principal interdição. Antigamente, dizia-se às crianças que tinham nascido debaixo de uma couve, mas essas mesmas crianças assistiam à grande cena do adeus no quarto e à cabeceira do moribundo. Hoje, as crianças são iniciadas, desde a mais tenra idade, na fisiologia do amor e do nascimento, mas, quando deixam de ver o avô e perguntam porquê, responde-se-lhes, em França, que ele partiu para uma grande viagem e, em Inglaterra, que está a descansar num belo jardim onde florescem madressilvas”. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 860.

Ainda que a ciência tenha por obrigação prestar os esclarecimentos dos conhecimentos obtidos, não cabe a ela julgar como a humanidade deve tratar as novas questões que se apresentam¹⁴⁸.

Em especial nas questões de fim de vida, tem-se aqui, pois, espaço para a filosofia e para a religião.

Para Ferry a filosofia tem por fim ajudar o homem a salvar-se do fim, ou ao menos das angústias que ela suscita e que interferem no nosso viver. Embora proponha também a salvação, difere-se dos conceitos religiosos, pois enquanto a religião acena que esta se encontra em um ser externo e superior, *“a filosofia nos acena com a promessa de que é possível alcança-la por nós mesmos, em virtude de nossas próprias forças, e especialmente por aquelas da razão”*¹⁴⁹.

Já a religião introduz novos elementos. Explica o componente a mais do homem, como sendo a existência da alma. Salgado menciona que a alma é criação da inteligência humana, que para tudo quer encontrar uma explicação. Com dificuldade para resolver certos problemas de ordem psíquica e outros transcendentais, nasce a crença em algo sobrenatural. Explica-se, pois, a vida própria de cada pessoa por uma causa sobrenatural, qual seja a alma, que é de certa forma uma referência à existência de Deus¹⁵⁰. O autor considera, contudo, que a Igreja teria se aproveitado da incompreensão e o medo gerado pelo tema para aumentar sua influência, utilizando-se de crenças e dogmas¹⁵¹.

¹⁴⁸ Habermas refere que o senso comum precisa ser esclarecido, sem reservas, pelas ciências, pois cria para si muitas ilusões a respeito do mundo, mas também reconhece que não há nenhuma ciência que possa privar esse senso comum, cientificamente esclarecido, de julgar o modo como devemos lidar com as novas questões trazidas pelas novas tecnologias.

Cfr. HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. pp. 140-142.

¹⁴⁹ Diz o autor: “De que infortúnio ou de que perigo a filosofia pretende nos salvar? Da finitude, é claro, ou seja, da morte, sob todas as suas formas – ou ao menos das angústias que ela suscita e que nos impedem de viver bem. A morte, com efeito, não é apenas o fim da vida. Ela pode legitimamente designar, dentro da existência humana em si, tudo o que concerne à irreversibilidade do tempo, do “nunca mais”, como diz o corvo de Edgar Poe no famoso poema que leva o seu nome. Talvez seja uma separação, uma pessoa próxima que se vai, um período da vida que, por uma razão ou por outra, acaba, e que sabemos que não voltará mais. Eis a morte, e é dela que a filosofia – como não cessam de dizer os estoicos, mas igualmente os epicuristas – pretendem nos ajudar a nos salvarmos. Aliás, não necessariamente nos prometendo a imortalidade, mas ao menos assegurando que, pelo exercício de nossa “simples razão”, poderemos nos livrar do medo absurdo suscitado pela certeza de sua ocorrência e, por esse mesmo caminho, passar de uma vida malograda ou limitada pelo temor a uma vida intensa e bem-sucedida”. FERRY, Luc. **Kant: uma leitura das três críticas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2012. p. 11

¹⁵⁰ Cfr. SALGADO, Heliodoro. **A religião da morte**. Lisboa: Editor Dias da Silva, 1910. pp. 17-18.

¹⁵¹ Salgado é qualificado pelo editor da obra como “polemista vigoroso e irreconciliável inimigo de Deus e dos padres”. Ao tratar do tema, refere o autor: “Aproveitando-se como sempre, da ignorância popular, alargou com a sua influencia deleteria o campo fértil de superstições, de que soube habilmente tirar rendoso fructo; mantendo assim por séculos a inalteravel concepção dos phenomenos da vida, a favor

A teologia é, sem dúvida, a área do conhecimento que mais aborda questões relativas à morte. Com efeito, as religiões sempre se preocuparam com temas como a morte e o que vem depois dela, prevendo rituais de passagem que confortam os próximos, surgindo a ideia da imortalidade da alma, o que tornaria a morte não mais um fim, mas o início de uma nova vida. A preocupação com a morte está presente em todas as religiões ou filosofias de cunho religioso, mesmo fora do mundo ocidental¹⁵².

No mundo ocidental temos a predominância dos conceitos cristãos. Segundo Salgueiro e Goldim, “*para a ciência Cristã a vida é eterna, a morte é como uma janela que se fecha ao sol*”¹⁵³. A busca por um sentido da existência humana, já que a morte colocaria um fim em tudo, faz o homem se voltar para a ideia de que a morte não é o fim, mas uma etapa em busca da vida eterna, conceito religioso que conforta e preenche o vazio deixado pela finitude.

Há posições diversas entre as Igrejas Católicas e as da Reforma¹⁵⁴, ainda que ambas compartilhem dos mesmos parâmetros cristãos, em especial nos debates relativos às questões bioéticas.

A Igreja Católica, constituída de forma mais hierarquizada, tem posições unânimes, uma vez que emanadas da autoridade papal. É a única constituída como um Estado, e nessa condição participa da Organização Mundial da Saúde-OMS, como

exclusivo da sua ambição e em detrimento dos progressos do espírito e ainda em manifesto prejuízo da humanidade”. SALGADO, Heliodoro. **A religião...**, p. 18.

¹⁵² Como exemplo, podemos citar o budismo em cuja filosofia, como explica Smith-Stoner “a preparação para a morte é uma parte essencial dessa tradição, e o reconhecimento de que não há como garantir onde e como a morte acontecerá está implícito em todas as práticas”. SMITH-STONER, Marilyn. Necessidades espirituais dos budistas no final da vida. In: GOLDIM, José Roberto (Org.). **Bioética e espiritualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p. 39.

¹⁵³ Cfr. SALGUEIRO, Jennifer Braathen; GOLDIM, José Roberto. As múltiplas interfaces da bioética com a religião e espiritualidade. In: GOLDIM, José Roberto (Org.). **Bioética e espiritualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. pp. 21-22.

¹⁵⁴ Ao tratar de questões relativas ao início da vida e outros temas ligados à Bioética, refere Brakemeier: “Também nas Igrejas não há unanimidade no assunto. Existem divergências ecumênicas não só em questões dogmáticas. Elas existem também na ética, sublinhando a seu modo o imperativo da busca de consensos. É conhecida a posição oficial da Igreja Católica Romana. Ela é inequívoca. Defende o direito à vida como direito fundamental humano, extensivo à vida nascente desde a concepção. Deve-se a unanimidade católica ao magistério papal, do qual ninguém tem a permissão de discordar. Mesmo assim é flagrante haver divergências latentes também entre especialistas católicos. Enquanto isso, as Igrejas da Reforma, entre elas a luterana, desconhecem um magistério central. Embora exijam também elas posicionamentos de seus líderes eclesiásticos, estes não possuem nenhuma infalibilidade. Igreja luterana não prescreve posições. Antes compromete com a responsabilidade, esperando não a obediência, e, sim, a argumentação. É claro que isto implica certa pluralidade de posições. Mas ela é conscientemente assumida. Pode-se identificar nisso diferentes estilos de exercício de autoridade. Temos concepções mais democráticas nas Igrejas protestantes, outra mais hierárquica na Igreja Católica. Ambas têm vantagens e desvantagens”. BRAKEMEIER, Gottfried. Luteranismo. In: GOLDIM, José Roberto (Org.). **Bioética e espiritualidade** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. pp. 197-198.

observadora¹⁵⁵. Suas posições nas questões que envolvem problemas éticos de vida e morte tem grande influência na sociedade ocidental, e permite delinear o pensamento cristão.

Aceitam o critério científico da morte. No plano espiritual, defendem uma ruptura entre o corpo e o espírito e trabalham com a ideia de uma vida após a morte para conferir esperança na continuidade da vida humana, de forma a eliminar a contradição na qual todos os seres humanos acabam inseridos, qual seja da vontade inerente de querer viver e ter que aceitar a própria morte¹⁵⁶.

Apresenta, contudo, conceitos como de inferno e purgatório, lugares, ao lado do paraíso, para o qual a pessoa pode ser encaminhada na vida eterna, a depender de seu modo de vida terrena, a ser avaliado no momento do juízo final. Tem a preocupação de preparar a pessoa para o fim inevitável, existindo sacramento próprio para esse fim.

Mas o fato da pessoa manter a fé em uma vida após a morte não se apresenta como garantia de melhor aceitação do fim. Blank analisa que os ensinamentos e as ameaças religiosas, no lugar de maior conforto, acabam por gerar maior medo e angústia diante da morte¹⁵⁷.

A busca por um sentido para a vida, quando se sabe de antemão ser ela limitada, está sempre presente, e essa indagação não desaparece nem quando se acredita.

A par desses questionamentos a ciência confronta várias crenças religiosas, o que contribui para o afastamento da sociedade das religiões de um modo geral.

Na ideia de secularização do mundo moderno, as forças da ciência e da técnica parecem não dar lugar aos conceitos religiosos. Habermas chama a atenção que *“essa imagem não se ajusta a uma sociedade pós-secular, que postula a persistência das comunidades religiosas num ambiente que continua a se secularizar”*. Reconhece, contudo, que as comunidades religiosas precisam assimilar o contato com outros credos e religiões, devem se adaptar à autoridade da ciência e se abrir às premissas do Estado constitucional, que se funda em uma moral profana¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cfr. PAZ, Roberto. O catolicismo e questões bioéticas. In: GOLDIM, José Roberto (Org.). **Bioética e espiritualidade** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p. 52.

¹⁵⁶ Cfr. BLANK, Renold J. **Escatologia da pessoa: vida, morte e ressurreição**. São Paulo: Paulus, 2000. p. 13.

¹⁵⁷ Segundo o autor, “esse medo encontra as suas razões basicamente nos seguintes conteúdos religiosos: uma falsa imagem de Deus (Deus vingador); ameaças metafísicas indiretas; ameaças apocalípticas de um Deus punidor; ameaças de ser seduzido pelo diabo; ameaças de acabar no inferno”. BLANK, Renold J. **Escatologia...**, p. 14.

¹⁵⁸ Nesse sentido ver HABERMAS, Jurgen. **O futuro...**, p. 139.

No mundo contemporâneo, há o reconhecimento de uma menor religiosidade, considerada como a crença em um ser superior e a vinculação com os rituais de uma religião específica. Cresce o número de pessoas que, embora refiram que mantêm suas crenças, se afastaram dos rituais religiosos.

Nos países europeus o movimento de afastamento das Igrejas é bastante superior ao movimento ocorrido nos Estados Unidos da América. Neste, noventa e três por cento da população se declara religiosa, enquanto esse número, na Europa, cai para setenta e cinco, mas mesmo naquele o afastamento físico das Igrejas é sentido.

Os números são comprovados pelo estudo realizado por Catroga, ainda no ano de 2002, sem indicação de reversão dessa tendência nos anos seguintes¹⁵⁹.

O tratamento conferido à morte permite confirmar essa tendência de laicização. Embora mantidos os rituais fúnebres, conduzidos por autoridades religiosas, tendem cada vez mais a se afastar da religiosidade, abrindo maior espaço para lembranças e referências à pessoa e à vida do morto.

Os rituais religiosos adaptaram-se às novas tendências, permitindo manifestações de cunho pessoal, o que possivelmente justifique a sua manutenção, aliado ao fato de que são práticos e ainda permitem o exercício de certa espiritualidade.

Isso porque, se há uma redução da religiosidade, não podemos falar o mesmo da espiritualidade, até porque *“a espiritualidade não implica necessariamente na fé em uma divindade específica”*, e estaria mais voltada *“à capacidade de autoconsciência, de fazer uma reflexão sobre si mesmo”*, que está presente em todo ser humano¹⁶⁰.

Em razão disso também os conceitos são alterados, gerando uma preocupação maior das ações humanas com o futuro da humanidade como um todo, do que propriamente voltados para um acerto de contas final.

Davies reconhece a alteração do padrão de comportamento, que transfere os debates sobre Deus, religião e destino da humanidade para uma preocupação maior com

¹⁵⁹ Aponta o autor: “Os europeus que vão, pelo menos, uma vez por semana a um acto cultural situam-se à volta dos 18%, uma vez por mês, nos 11%, ocasionalmente, nos 20%; e nunca, ou só muito raramente, nos 51%. Comprovando essa realidade, apresenta que a crença na vida “post-mortem”, a comparação entre os oito países europeus sobre os quais existem dados para 1947 e 2001, patenteia um decréscimo da ordem de 22%. Também a crença na existência de Deus constata-se decréscimo, embora em menor escala, num percentual conjunto de 13,5%”.

Esclarece que em países como Portugal, Espanha e Brasil houve um aumento dos que acreditam em um ser superior, constatando-se o decréscimo no conjunto. CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 390-391.

¹⁶⁰ Cfr. SALGUEIRO, Jennifer Braathen; GOLDIM, José Roberto. As múltiplas..., p. 15.

o espaço vital e à certeza de continuidade da vida humana¹⁶¹, com maior evidência para questões de natureza ética e ecológica.

Porém, esse afastamento da ideia de uma vida depois da morte gera também um comportamento voltado para a satisfação pessoal plena, em uma tentativa de aproveitar a vida terrena ao máximo. Esse comportamento é refletido no consumismo exagerado, em especial de bens de pouca duração, e na rapidez com que a sociedade tem se alterado.

Também é constatada a alteração do lugar onde se morre, transferido da morte no lar e próximo aos familiares para a morte em salas de tratamentos intensivos, cercadas por médicos e enfermeiros, no qual é possível empreender maiores esforços terapêuticos, sempre com vistas a tentar postergar ao máximo possível a hora da morte.

Ariès já havia indicado o deslocamento da morte do centro da família para um lugar mais distante e, com isso, com maior isolamento¹⁶². Se esse fenômeno já era verificado há tempos, a sua aceleração é constatada a cada ano que passa. Mónica traz dados do aumento percentual em Portugal, referindo que “*em 1979, só 20% das pessoas morria no hospital; quarenta anos depois, tal acontece em 60% dos casos*”¹⁶³.

Os tratamentos em unidades de terapia intensiva e o incremento dos transplantes são fatores que alteraram completamente a forma de encarar a morte e o morrer¹⁶⁴. Com efeito, a probabilidade nos dias atuais é de que a pessoa morra no hospital, presa a diversos tubos, em meio a médicos e enfermeiros, e vista como um possível doador de órgãos, que serão retirados tão logo seja comprovada sua morte encefálica. Critério científico e amplamente aceito, a morte encefálica sem dúvidas possibilitou o incremento da área de transplantes, como adiante se analisará.

Essa exagerada medicalização do momento final da vida se deve em grande medida pela dificuldade cada vez maior que temos em lidar com as questões do morrer. O afastamento do ente doente do seio familiar é também uma maneira que se tem para evitar tratar do assunto de frente e de ter a morte rondando tão perto.

¹⁶¹ Cfr. DAVIES, Douglas J. **História da morte**. Lisboa: Teorema, 2009. p. 103.

¹⁶² Refere o autor: “Entre 1930 e 1950, a evolução irá precipitar-se. Esta aceleração é devida a um fenómeno material importante: a transferência do local da morte. Já não se morre em casa, no meio dos seus; morre-se no hospital, e só”. ARIÈS, Philippe. **Sobre a história da morte no ocidente**. 4. ed. Lisboa: Teorema, 2010. p. 62.

¹⁶³ MÓNICA, Maria Filomena. **A morte**. Lisboa: FFMS, 2011. p. 25.

¹⁶⁴ Cfr. VALLS, Alvaro L.M. **Repensando a vida e a morte do ponto de vista filosófico**. Disponível em: <<http://www.bioética.ufrgs.br/morteamv.htm>>. Acesso em: 10 maio 2011.

Em termos de humanidade, o que é possível verificar é que as formas de tratar com a morte se alternam, ora de forma mais confortável, ora de forma mais assustadora¹⁶⁵. Ariès refere que a morte já foi tratada com maior familiaridade, ao que ele denomina de «morte doméstica», quando o medo maior era o de se morrer só e não dela própria. Chega a períodos em que causa maior ansiedade, e que vai desaparecer, tornando-se um assunto que não deve ser mencionado¹⁶⁶.

Clarissa De Franco reconhece que *“a modernidade retira da morte sua força integradora, atribuindo-lhe uma faceta maléfica, demoníaca e covarde”*¹⁶⁷.

Na atualidade a negação da morte é um dado evidente, como mostra o culto à juventude, a dificuldade de se falar sobre a morte próxima e de se lidar com paciente em estado grave ou terminal, na persistência em manter a vida, mesmo que, em verdade, se esteja apenas prolongando o processo de morte.

A negação aparece no pessoal e no social. A própria pessoa e as que a cercam têm dificuldade de falar sobre a morte, como se falar pudesse atrair ou antecipar o fim tão temido.

Elizabeth Ross realizou trabalho com pacientes com doenças graves ou terminais. Constatou alguns padrões de comportamento, que permitem identificar as etapas por que passa a pessoa que toma conhecimento de que se encontra nesse estado: negação e isolamento, raiva, barganha, depressão e aceitação¹⁶⁸.

¹⁶⁵ A literatura retrata em boa medida a alteração de comportamentos. Em 1959, Lampedusa, no livro «o Gatopardo», descreve a morte do Conde, rodeado pelos entes queridos, em diálogos de verdadeira despedida. Descreve a morte que vem buscá-lo como jovem e bela. Em 2013, Kundera, no livro «A festa da insignificância», de forma mais fria, analisa a situação do morto referindo que, em pouco tempo, *“o morto se torna um velho morto”*. LAMPEDUSA, Tomasi di. **O Gatopardo**. tradução de Marina Colasanti. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007. p. 293-294 e KUNDERA, Milan. **A festa da insignificância**. tradução de Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 31.

¹⁶⁶ Refere Ariès: “Durante o longo período que percorremos, desde a Alta Idade Média até meados do século XIX, a atitude perante a morte mudou, mas tão lentamente que os contemporâneos não se aperceberam. Ora, desde há cerca de trinta anos, estamos a assistir a uma revolução brutal das ideias e dos sentimentos tradicionais; tão brutal que não deixou de impressionar os observadores sociais. É, na realidade, um fenómeno absolutamente inaudito. **A morte, outrora tão presente, de tal modo era familiar, vai desvanecer-se e desaparecer. Torna-se vergonhosa e objecto de um interdito**”. (Grifo meu). ARIÈS, Philippe. **Sobre...**, p. 61.

¹⁶⁷ A autora relaciona vários autores que convergem com a ideia de negação da morte, como característica da vida moderna. Refere ainda: “A morte passa a ter um status de algo pecaminoso, contagioso. É como se, ao evitarmos o contato com a mesma, pudéssemos afastá-la por mais tempo. É uma barganha moderna que tenta encobrir os resquícios da morte”. FRANCO, Clarissa de. **A cara da morte**: os sepultadores, o imaginário fúnebre e o universo onírico. Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2010. pp. 18-19.

¹⁶⁸ Cf. KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre...** p. 30.

As etapas não são lineares e nem todas as pessoas passam por todas elas. É dado, porém, que a primeira reação, qualquer que seja a etapa da vida em que se encontre, é a negação, com questionamentos do porquê e da necessidade de encarar sua finitude.

Também para todos os que cercam a pessoa doente a negação está presente. Isso porque conhecemos a morte por meio do outro¹⁶⁹. Toda nossa experiência com a finitude é em razão da morte do outro. Assim, acompanhar um paciente em fase terminal é acompanhar o processo de morte e isso assusta, porque implica reconhecer a finitude humana.

A convivência com essa situação como, por exemplo, os profissionais que trabalham em hospitais, não é indicativo de uma melhor aceitação. Ao contrário, também nesse meio a dificuldade de abordar o problema é latente. A comunicação de uma má notícia é um momento temido pelo médico tanto quanto pelo próprio doente. Assim, a negação muitas vezes se instala como forma de blindagem contra essa realidade¹⁷⁰.

Quanto mais próxima a morte, maior o sentimento de perda e impotência diante da vida. E, mesmo próxima, podemos identificar sentimentos diversos quando a morte é de pessoa mais jovem ou se apresenta de forma mais rápida.

A morte de pessoa idosa tende a ser encarada com maior naturalidade, quer porque, ainda que mantido no inconsciente, temos a noção da finitude, quer porque há a compensação da vida vivida. Também, após um período de convalescência, em decorrência de uma doença, surge o sentimento de que era o melhor para o paciente, o que atenua a perda.

Já a morte do jovem para quem se projeta uma vida inteira pela frente, com uma forte carga de idealização de que tudo correria bem, ou a morte repentina e inesperada

¹⁶⁹ Eduardo Mendonça refere que: “Pensar a morte é tão difícil como pensar o próprio nascimento. Pensamos em nós, vivendo. Pensamos em nós tendo consciência das coisas. Não pensamos em nós antes de nascermos, e nem pensamos em nós nascendo. Da mesma forma, ninguém pensa a própria morte. Pensamos a morte dos outros, pensamos isto em termos abstratos. Concretamente, ninguém pensa a sua própria morte [...]. O nascimento é um mistério, a morte é um mistério, e a vida é um mistério limitado por aqueles outros dois, o da origem e o do fim”. MENDONÇA, Eduardo Prado de. **O mundo precisa de filosofia**. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1996. p. 140.

¹⁷⁰ Ross relata a dificuldade da enfermeira-cuidadora para com o paciente em fase terminal, o que bem retrata a dificuldade mesmo dos profissionais da saúde: “Se analisarmos de novo o acontecido, tentando entender sem julgar as reações, notaremos que ela também evitava o paciente, sentando-se a um canto com seus livros e procurando mantê-lo quieto “a todo custo”. Sentia-se profundamente constrangida a tomar conta de um doente em fase terminal e nunca o encarava de frente, nem tentava dialogar com ele. Cumpria seu “dever”, não saía do quarto, mas, emocionalmente, afastava-se dele o mais que podia. Era a única maneira de essa mulher fazer o seu trabalho. [...] Estava tão aterrorizada pela proximidade da morte que era obrigada a defender-se, fugindo, ou se isolando”. KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre...**, p. 59.

que indica que ela está presente em qualquer lugar e tempo, tende a ser tratada com maior dificuldade.

Essa dificuldade de lidar com a morte pode ser uma das explicações para esse aumento exponencial do número de mortes em hospitais, longe das pessoas mais próximas. Justifica-se a internação em unidades de tratamento para que o paciente sinta menos ou nenhuma dor, mesmo quando nenhuma outra terapia curativa possa ser utilizada. Mas, em verdade, é uma maneira de manter a morte longe.

Quando um paciente opta por morrer em casa, perto de seus familiares, não raro é questionado por sua opção que implica em realmente deixar a morte se instalar, enquanto temos a sensação de que em meio às máquinas e profissionais da saúde ela poderia ser afastada, mesmo que isso não seja uma verdade.

Cultuamos a juventude e o manter-se jovem, temendo o envelhecimento do corpo, indicativo de que quanto mais o tempo passa mais nos aproximamos do fim. Assim, as marcas visíveis no corpo são uma lembrança presente desse fim, e nada mais lógico do que tentar afastá-la. Também aqui está presente a negação da morte, pois junto com o envelhecimento aproxima-se a morte. Se conseguirmos passar durante todo o período da infância, adolescência, fase jovem e madura com êxito, o mesmo não acontecerá nessa fase.

Camargo refere que *“o passar dos anos significa para todos uma sucessão das perdas e, por imposição tática, um ritual de aceitação delas, na medida em que se percebe que o envelhecimento impõe, por critérios de sobrevivência, o estabelecimento de prioridades”*¹⁷¹.

O envelhecimento é um processo lento e gradual, que tem seu início já quando nascemos. Traz consigo modificações na estrutura física e mental, com declínio das funções orgânicas que podem ser verificados tanto na aparência física como no funcionamento do organismo. Muito embora o avanço da idade por si só não seja sinônimo de doença ou morte, é certo que deixa a pessoa mais suscetível a enfermidades das mais variadas, em especial neurológicas¹⁷².

¹⁷¹ Cfr. CAMARGO, J.J. A reparação dos sentidos. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, n. 1240, 5 set. 2015. (Caderno Vida).

¹⁷² Burlá e outro reconhecem o aumento da doença de Alzheimer, referem os autores: “Concretamente, dados epidemiológicos expressivos demonstram a vulnerabilidade das pessoas, que, cada vez mais velhas, estão expostas à doença de Alzheimer”. BURLÁ, Cláudia et al. Envelhecimento e doença de Alzheimer: reflexões sobre autonomia e o desafio do cuidado. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 1, p. 89, 2014.

Daí decorre que associamos a juventude à ideia de vida e o envelhecimento à ideia de morte. Para a sociedade uma pessoa jovem é sinal de beleza e poder, enquanto que velhice é sinônimo de declínio fisiológico e de improdutividade. A ideia do velho sábio ao que tudo indica vai se esvaindo na modernidade. Os idosos perdem o prestígio que a sabedoria e a vivência lhes conferiam e apenas serão objeto de respeito se não se tornarem um fardo para os mais jovens¹⁷³.

Paradoxalmente, ao lado dessa cultura à juventude, tem-se o aumento significativo da expectativa de vida mundial, que traz consigo o envelhecimento. Morre-se cada vez mais tarde. Mónica refere que *“os velhos muito velhos do século XXI são um fenómeno novo”*^{174 175}.

Ao lado, pois, desse aumento da longevidade, novos problemas também terão que ser enfrentados. O aumento do número de doenças de ordem neurológica é um dado comprovado¹⁷⁶, que não era mensurado nessa ordem, exatamente em razão da baixa expectativa de vida dominante. A pessoa morria antes que se pudesse verificar a incidência dessas doenças em decorrência da idade avançada.

¹⁷³ Nesse sentido refere Burlá e outros: “É curioso o fato de as pessoas idosas sempre terem sido reconhecidas pela sociedade por avaliações ambíguas. Em princípio, por terem vivido muito, teriam a possibilidade de contribuir com experiência e sabedoria para aperfeiçoar a construção da comunidade onde estão inseridos. [...] A modernidade, entretanto, tornou o passado território de pouco valor. Sob o influxo dos frequentes avanços tecnológicos da modernidade o ‘novo’ ganhou status especial, solapando a reverência e o respeito tradicionalmente conferidos à sabedoria acumulada pelas pessoas idosas em todas as sociedades. Nessas condições, os idosos perdem o prestígio nas relações pessoais e, nas relações institucionais, somente serão merecedores de respeito se não se transformarem em peso demasiado oneroso para o equilíbrio financeiro da gestão pública dos recursos destinados à área social – especialmente os investidos em saúde”. BURLÁ, Cláudia et al. *Envelhecimento...*, p. 89.

¹⁷⁴ A conclusão vem acompanhada da indicação de dados: “Ao longo da última década, a esperança de vida da população europeia tem vindo a aumentar a uma média de dois a três meses por ano. No caso da Alemanha, um país que estudou o assunto, calcula-se que uma em cada duas crianças, nascidas naquele país e nesse século, viverá mais de cem anos [...] Nos Estados Unidos, a percentagem da população com mais de 65 anos que, em 1900, era de 4% e, em 1950, de 8%, subirá para 12% em 2000. Por seu lado, a percentagem da população com mais de 85 anos, que, em 1900 era de 0,1% e, em 1950, de 0,4%, ascenderá, em 2000, a 1,5%. Nos Estados Unidos, em proporção da população, existem hoje 15 vezes mais pessoas «muito velhas» do que em 1900”. MÓNICA, Maria Filomena. *A morte...*, p. 49.

¹⁷⁵ Também a projeção para o Brasil é de um aumento significativo do número de pessoas com mais idade. Silva e outros apresentam os dados do IBGE de 2002: “Até 1950, os indivíduos com mais de sessenta anos eram apenas 4,2% da população; em 1991, chegaram a 7,3%, e em 2025 projeta-se um índice de 14%, assim o Brasil será o sexto país com uma população longeva. Os autores concluem que essa situação “desperta desafios para a sociedade, uma vez que implica em demanda de ordem econômica, social, educacional e de saúde”. SILVA, Carina Alves et al. *Saúde e qualidade de vida: um direito do idoso*. In: SANTIN, Janaina Rigo; BETTENELLI, Luiz Antônio (Org.). *Bioética e envelhecimento humano*. Passo Fundo, RS: Bherthier, 2010. p. 37.

¹⁷⁶ Pode-se constatar, por exemplo, uma maior incidência dos casos de Alzheimer, decorrentes do aumento da expectativa de vida. Mónica refere: “Calcula-se que, em 2040, 12 milhões de americanos com mais de 65 anos sofrerão de Alzheimer. O fenómeno repetir-se-á por toda a Europa: em Inglaterra. 1 em cada 3 indivíduos, nascidos no século XXI, virá a sofrer demências”. MÓNICA, Maria Filomena. *A morte...* p. 49.

Enquanto se tem alcançado êxito na manutenção de um corpo saudável ou relativamente saudável, a evolução na área das doenças neurológicas não é tão favorável, sendo bastante significativo o número de pessoas com doenças que levam à perda da capacidade e criam situações severas de dependência¹⁷⁷.

Considera-se como dependência o caráter permanente em que se encontram pessoas que, por razões de idade, enfermidade ou incapacidade ligadas à falta ou à perda de autonomia física, mental, intelectual ou sensorial precisam de auxílio para realizar atividades básicas da vida diária, ou no caso das pessoas com incapacidade intelectual ou enfermidade mental de outros apoios para sua autonomia pessoal¹⁷⁸.

O aumento de situações de dependência exige atenção especial com vistas à manutenção de um tratamento digno e de preservação, tanto quanto possível, da autonomia da pessoa.

Nesse ponto, as diretivas antecipadas de cuidado de saúde surgem como instrumentos importantes para garantia dessa dignidade, na medida em que permitem a manutenção da autonomia nos períodos em que a pessoa não possa se manifestar.

¹⁷⁷ Nesse sentido: "Pero, paralelamente a este nuevo aumento en la esperanza de vida, que nos permite desarrollar durante cada vez más tiempo nuestra personalidad, nos encontramos con la presencia de enfermedades neurodegenerativas, tales como el alzheimer, demencial senil, enfermedad de huntington, enfermedad de parkinson, de pick, que presentan todas ellas como denominador común la pérdida gradual hasta su total desaparición, de la capacidad de autogobierno de quienes se ven afectados por ellas. Lo mismo cabe decir de otras enfermedades que provocan disfunciones mentales, en algunos casos, que llevan a la incapacidad progresiva y acaban por inhabilitar a quienes la padecen para el gobierno de su persona y/o bienes, como el sida, o fases avanzadas de alcoholismo; otras afectan al cuerpo, pero no a la mente o a los sentidos, como la llamada Esclerosis lateral amiotrófica, abreviadamente «ELA», creando situaciones de dependencia [...]". (Livre tradução: "Mas paralelamente a este novo aumento da expectativa de vida, que nos permite desenvolver durante cada vez mais tempo a nossa personalidade, encontramos a presença de doenças neurodegenerativas, como a de Alzheimer, demência senil, doença de Huntington, doença de Parkinson, de Pick, tendo todos em comum a perda gradual até o completo desaparecimento da capacidade de autogoverno das pessoas afetadas por elas. O mesmo se aplica a outras doenças que causam disfunções mentais, em alguns casos, levando a incapacidade progressiva e acabam por inabilitar de quem as padece de governar a sua pessoa e/ou seus bens, tais como a SIDA, alcoolismo em estágios avançados; outras afetam o corpo, mas não a mente ou os sentidos como a esclerose chamada esclerose lateral amiotrófica, abreviadamente "ELA", criando situações de dependência [...]"). LANZAROT, Ana Isabel Berrocal. **El documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas**. Versión generada por el usuario Universidade de Lisboa. Disponível em: Id. vLex: VLEX-216943481. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/instrucciones-voluntades-anticipadas-216943481>>. Acesso em: 24 fev. 2015. pp. 1-2.

¹⁷⁸ Definição com base no art. 2º da Lei Espanhola nº 39/2006, de 14 de dezembro. Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Disponível em: <<http://legislacion.vlex.es/vid/autonomia-personal-atencion-dependencia-215462753>>. Acesso em: 07 set. 2015.

2.2 Os critérios científicos para determinar a morte

A definição de morte é circular: *“morremos quando deixamos de viver, e deixamos de viver quando morremos”*¹⁷⁹.

A morte na perspectiva biológica implica na cessação irreversível das atividades do corpo, como o funcionamento do coração e dos pulmões, ou o funcionamento espontâneo de todo o cérebro.

Geraldes, ao tratar do que denomina de «problema declarativo da morte», refere que qualquer tese que venha a ser adotada está previamente associada a concepção de vida/morte e implicará na valoração de fatos que serão considerados, apresentando -se, desta forma, como uma decisão ética adotada em um determinado espaço e tempo¹⁸⁰.

Ao longo do tempo, a morte era constatada pela cessação das funções vitais, com parada dos batimentos cardíacos e movimentos respiratórios, critérios auto-evidentes que podem ser constatados por qualquer pessoa, sem obrigatoriedade de intervenção médica para esse fim. Há naturalmente uma forte base biológica no acolhimento desse critério¹⁸¹. Salienta-se que a irreversibilidade da situação deixava evidente a ausência de qualquer sinal de vitalidade, característica do ser humano¹⁸².

Com a evolução científica foram possíveis as primeiras reanimações ou ressuscitações médicas, o que colocou em dúvida a fidedignidade do critério adotado. Na sequência, temos a descoberta do respirador artificial, início das modernas terapias de reanimação. Essa ajuda temporária para respirar permitiu o tratamento de grande

¹⁷⁹ Cfr. VALLS, Alvaro L.M. **Repensando...**

¹⁸⁰ Refere o autor: É certo que pode negar-se a importância da base das propostas provenientes das ciências biomédicas. Porém, cumpre também afirmar que a eleição de uma tese sobre quais são as nossas ideias sobre a vida/morte, tenham elas uma matriz biológica, filosófica, religiosa ou sociológica, será sempre uma decisão ética de uma determinada Comunidade. A adopção de uma tese sob a vida/morte extravasa do âmbito meramente (e supostamente) factual. Estaremos no plano da valoração dos fatos. [...] Com efeito, não é de perder de vista a circunstância de os critérios de diagnóstico (ou de prognóstico) da morte estarem necessariamente condicionados sobre o que sejam a vida e a morte. Será este pré-entendimento que, como veremos, deve ditar (ditará) os contornos daquele critério”. GERALDES, João de Oliveira. **Finis Vitae ou Ficta Mortis?** Disponível em: <https://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112723>. Acesso em: 26 nov. 2016.

¹⁸¹ Refere Geraldes: “[...] historicamente, a cessação irreversível da função cardio-respiratória foi considerada como constituindo o mais correcto critério declarativo do fim da vida humana. A vitalidade humana, surgia, no âmbito deste critério, associada diretamente aos sistemas cardio-circulatório e respiratório. GERALDES, João de Oliveira. **Finis...**

¹⁸² Soma-se a constatação da morte a sequente decomposição do corpo humano a confirmar a inexistência de qualquer sopro de vitalidade.

número de pacientes. Contudo, muitos outros permaneceram imersos em um coma não evolutivo¹⁸³.

Em 1959 surgem as primeiras evidências da morte encefálica, tema que volta a ser debatido no ano de 1967, data a partir da qual esse critério começa a ser difundido e adotado no meio médico-científico¹⁸⁴.

Surge o conceito de morte encefálica, qual seja, quando se constata a total ausência de atividade do encéfalo, que compreende o cérebro, o cerebelo, o tronco e o bulbo.

O conceito surge em decorrência da evolução da ciência médica, que permitiu que pacientes sem nenhuma atividade encefálica permanecessem com batimentos cardíacos por tempo variável e incerto, quando ligados à ventilação artificial, muito embora reconhecida a impossibilidade de reversão do quadro.

O novo critério traz consigo uma mudança não só conceitual, mas também operacional, pois para ser atestado exige um profissional capacitado que identifique os sinais que caracterizam esse estado, que não é percebido por qualquer indivíduo¹⁸⁵.

O critério firmou-se no meio médico e passou a ganhar adesão, em especial após a aceitação pela Igreja Católica¹⁸⁶. É um critério com base científica e que respeita

¹⁸³ *Crf.* HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. **Le Droit de la Bioéthique**. Paris: Editions La Découverte, 2009. p. 25.

¹⁸⁴ Nesse sentido: “C’est à partir de l’observation d’un échantillon de vingt-trois de ces patients que les neurologues français Mollaret e Goulon présentent em 1959 une communication mondialement connue dans laquelle ils élaborent une des premières formulaions scientifiques de la mort cérébrale qu’ils qualifient alors de „coma dépassé”. [...] Quelques annéss plus tard, em 1967, autour de la Harvard Medical School, différentes médecins (Henry Beecher, Robert Ebert...) s’interrogent sur l’opportunité qu’il y aurait à redéfinir les critères de la mort em um sens qui permettrait de déclarer celle-ci advenue à um stade correspondat grosso modo à celui qualifié par Mollaret et Goulon de “coma dépassé”. (Livre tradução: “É a partir da observação de uma amostra de vinte e três de seus pacientes que os neurologistas franceses Mollaret e Goulon apresentaram em 1959 um comunicado mundial conhecido como a primeira formulação científica de morte cerebral que eles qualificaram como coma irreversível. [...] Alguns anos mais tarde, em 1967, na Escola Médica de Harvard, diferentes médicos (Henry Beecher, Robert Ebert...) interrogaram-se sobre a oportunidade que teriam ao redefinir os critérios de morte que permitissem declará-la quando sobreviesse um estado correspondente a grosso modo com aquele qualificado por Mollaret e Goulon como “coma irreversível”.”) HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. **Le Droit...** p. 25.

¹⁸⁵ Nesse sentido, Fernandes e Goldim mencionam: “[...] A exigência de exames complementares de diagnóstico, tais como arteriografias cerebrais e eletroencefalografia, por exemplo, para a caracterização da morte encefálica é a evidência da necessidade de que o profissional não apenas constate, mas possa demonstrar por meio de outros tipos de documentação, com base tecnológica, que o seu critério está correto e embasado. A rigor, a constatação da morte encefálica é um critério clínico, que, desde o ponto de vista técnico, prescindiria destes exames comprobatórios”. FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. A atividade médica em situações de final de vida e de terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). **Livro homenagem a Miguel Reale Junior**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 400.

¹⁸⁶ Quando foi divulgado um novo critério de morte, como morte encefálica, a Igreja Católica posicionou-se receptiva a esse critério. É evidente, também, que o fato do critério possibilitar o transplante de órgãos, o

fundamentos éticos, exigindo avaliação criteriosa, dentro de um lapso de tempo que confere margem de segurança para se atestar a morte¹⁸⁷.

Dentro desse mesmo critério para declaração da morte, Geraldles chama a atenção para o fato de que alguns países adotam a morte cerebral total e outros a morte do tronco encefálico. O autor contesta a opção portuguesa que, a exemplo da Inglaterra, estabeleceu a morte do tronco cerebral e não a morte cerebral total, como outros países como Estados Unidos da América, França, Espanha, etc.¹⁸⁸

O encéfalo é o centro do sistema nervoso humano e compreende, como referido acima, o cérebro, cerebelo, tronco e bulbo. Assim, quando se fala em morte cerebral

que é considerado como um ato de caridade do doador, facilitou a sua aceitação. Há sempre a indicação da importância de se ter a certeza da morte antes da retirada de órgãos.

O Papa João Paulo II foi um dos defensores do transplante de órgãos sempre com o cuidado de referir a necessidade da certeza da morte antes da retirada de órgãos, sem, contudo, ingressar na questão relativa aos critérios a serem adotados. Nesse sentido, parte do discurso proferido no ano de 2000: *“O reconhecimento à dignidade ímpar da pessoa humana tem uma consequência adicional subjacente: órgãos vitais únicos somente podem ser removidos após a morte, ou seja, do corpo de alguém que está, sem qualquer dúvida, morto. Essa exigência é auto-explicativa, pois agir de outro modo significaria causar intencionalmente a morte do doador ao dispor de seus órgãos. [...] “Em relação aos parâmetros hoje utilizados para verificação da morte – se os sinais “encefálicos” ou os sinais cardio-respiratórios mais tradicionais – a Igreja não toma decisões técnicas”.* Discurso do Papa João Paulo II aos participantes do XVIII Congresso Internacional de Transplantes, em 29 de agosto de 2000, em Roma. WHITE, Hilary. Conferência Pró-Vida sobre os Critérios de “Morte Cerebral” terá dificuldades para desintronizar a Posição do Vaticano. **Fratres in Unum.com**, 16 fev. 2009. Disponível em: <<https://fratresinunum.com/2009/02/23/conferencia-pro-vida-sobre-os-criterios-de-morte-cerebral-tera-dificuldades-para-desintronizar-a-posicao-do-vaticano/>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

Nesse sentido relatou Hurley: “Organ transplantation per se is a good and desirable healing pursuit, and has been encouraged by Pope John Paul II and the Pontifical Academy of Sciences, with the key proviso that death be established with moral certitude before vital organs are removed. The pope has been very emphatic about the surpassing importance of protecting the dignity of the human person, especially organ donors, in the quest for health benefits for transplant organ recipients”. (Livre tradução: “O transplante de órgãos em si é uma boa e desejável cura que se busca, e tem sido incentivada pelo Papa João Paulo II e pela Academia Pontifícia das Ciências, com a condição fundamental que a morte seja estabelecida com certeza moral antes dos órgãos vitais serem removidos. O papa tem sido muito enfático sobre a importância insuperável de proteger a dignidade da pessoa humana, especialmente dos doadores de órgãos, na busca de benefícios de saúde para pacientes transplantados”). HURLEY, Robert E. *Primum Non Nocere – a contrarian ethic?* In: JENSEN, Steven J. **The Ethics of Organ Transplantation**. Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2011. Disponível em:

https://books.google.com.br/books?id=eRi4yEuTJWMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ViewAPI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 21 dez. 2016.

¹⁸⁷ Nesse sentido: “Declaring death by brain criteria: Brain death is a clinical diagnosis made after an appropriate period of observation on the basis of a history, physical examination and apnea testing”. (Livre tradução: Declarando morte por critérios cerebrais: A morte cerebral é um diagnóstico clínico feito após um período adequado de observação com base no histórico, exame físico e testes de apneia). THALER, David E. et al. **Handbook of clinical medicine**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 6.

¹⁸⁸ O autor apresenta o histórico legal desde a introdução do critério declarativo da morte encefálica e analisa os debates legais e científicos que decorreram até a adoção da última legislação portuguesa sobre o tema que permanece com o critério da morte do tronco encefálico. Refere o autor: “Assim, a Assembleia da República, em 1999, aprovou a Lei nº 141/99, de 28 de Agosto, estabelecendo os «princípios em que se baseia a verificação da morte», nomeadamente que «a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral», ou seja, vingou a tese da morte cerebral, na sua versão de «morte do tronco encefálico» e não na versão de «morte cerebral total»”. GERALDES, João de Oliveira. **Finis...**

total, em verdade está a se falar em ausência de função de todo o encéfalo. Salienta-se que o encéfalo, do ponto de vista biológico, é responsável por toda comunicação, de nervos, músculos, órgãos etc., de forma que constatada a ausência de atividade cerebral não há mais como falar em vitalidade do corpo.

Contudo, considerando que é o tronco quem faz a comunicação do periférico para o central, constatada a morte do tronco não há mais essa comunicação e, portanto, não há atividade cerebral. O contrário, isso é, com o comprometimento de, por exemplo, parte do cérebro, mantendo-se intacto o tronco, a pessoa pode perdurar por anos em estado vegetativo, mantidas algumas atividades, como, por exemplo, a deglutição.

Constatada a morte do tronco, estamos diante da morte encefálica. Desta forma, a exigência de constatação da morte do tronco encefálico é suficiente para a comprovação da cessação das atividades cerebrais. Embora possa se dizer que são critérios diversos, na prática o resultado é exatamente o mesmo, de forma que a adoção de um ou outro dos critérios conduz a mesma conclusão de morte encefálica.

Salienta-se que a distinção em questão é referente aos critérios de comprovação da cessação das atividades encefálicas e, portanto, um critério científico de análise e verificação das atividades cerebrais. Reitere-se que, constatada a morte do tronco, não haverá mais comunicação da parte superior com a central, de forma que todas as atividades cessarão. Daí porque, formalmente falando, há diferença entre exigir a comprovação da morte do tronco e da global, mas o resultado é o mesmo, qual seja, a morte encefálica.

Disso decorre, também, que embora se encontre na literatura médica e legal tanto os termos morte encefálica como morte cerebral, o correto é a utilização de morte encefálica, pois exige a cessação das atividades do córtex e do tronco cerebral.

A adoção do critério encefálico de morte, para estabelecer o momento final da vida humana, é acolhida pela extensa maioria dos países¹⁸⁹ e hoje se apresenta como uma das poucas questões de relativo consenso¹⁹⁰.

¹⁸⁹ No Brasil o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.480/97 que dispõe sobre critérios rigorosos de constatação da morte encefálica. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 10 maio 2011. Ao depois, a Lei nº 9434/97, que trata dos transplantes de órgãos, assume esse critério da morte. Estabelece o art. 3ª da Lei 9434/97 – “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. BRASIL. **Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e

Mas a revisão do critério de morte foi motivada também por questões de racionalização de recursos e com vistas a possibilitar o transplante de órgãos. Sem dúvidas, até porque expresso no relatório da comissão de Haward, uma das motivações para alteração do critério foi a facilitação da obtenção de órgãos para transplantes. Expressa desta forma, essa finalidade gera controvérsia.

A indicação de que o reconhecimento da morte pelo critério cerebral é feito com uma finalidade específica, ainda que altruísta, suscita debate ético sobre esse critério.

Não por outro motivo Jones identificou nesse critério uma forma de manipular o conceito com a função de permitir a colheita de órgãos¹⁹¹. Salienta-se que o autor reconhece a possibilidade de não prolongamento de uma situação extrema de inconsciência, mas a oposição é ao fato de, por meio da alteração do critério de declaração da morte, permitiria a retirada de órgãos, o que não se faria a uma pessoa viva.

Sem desconhecer a importância das referências do autor, deve-se deixar clara a diferença da morte encefálica, seja pelo critério global ou do tronco cerebral, e outros

partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

Em Portugal o critério também é acolhido, com a variante de morte do tronco cerebral de que se falou acima. Constava da lei nº 12/93 e novamente acolhido pela Lei nº 141/99 que assim dispõe:

Artigo 2.º - Definição – A morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. **Lei n.º 12/93, de 22 de Abril**. Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 17 ago. 2011. e PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. **Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto**. Estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 26 nov. 2016.

¹⁹⁰ Mesmo Shewmon, neurologista que discute esse critério, reconhece esse consenso. Refere o autor: “The equivalence of “brain death” (BD) with death is one of the few bioethical issues of this decade considered relatively settled. [...] I prefer to place “brain death” in quotation marks on account of its semantic ambiguity”. (Livre tradução: A equivalência da “morte encefálica” (BD) com a morte é uma das poucas questões bioéticas desta década considerada relativamente estabelecida. [...] Eu prefiro colocar “morte cerebral” entre aspas por causa de sua ambiguidade semântica). SHEWMON, Allan. Chronic “brain death”: meta-analysis and conceptual consequences. **Neurology**, v. 51, n. 6, p. 1538-1545, 1998. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d031/8f53d16688ab96357070_07b5170a2f2de992.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016. p. 1538.

¹⁹¹ Diz o autor: “Now this, whether done for research or transplant purposes, seems to me to overstep what the definition can warrant. Surely it is one thing when to cease delaying death, but another when to start doing violence to the body; one thing when to desist from protracting the process of dying, but another when to regard that process as complete and thereby the body as a cadaver free for inflicting on it what would be torture and death to any living body. (Livre tradução: Agora isso, quer feito para fins de pesquisa ou transplante, parece-me ultrapassar o que a definição pode justificar. Certamente é uma coisa deixar de atrasar a morte, mas outra quando iniciar a violência ao corpo; uma coisa é desistir de protraí o processo de morrer, mas outra quando considerar isso processo completo e, portanto, o corpo como um cadáver livre para infligir-lhe o que seria tortura e morte para qualquer corpo.) JONAS, Hans. Philosophical Reflections on Experimenting with Human Subjects. **Daedalus**, v.98, n. 2, p. 219-247, 1969. Disponível em: <<https://www.sfu.ca/~andrewf/jonas.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2016. p. 244.

estados vegetativos. Na morte encefálica, não há mais nenhuma atividade cerebral. A manutenção de algumas funções, por um breve momento, para possibilitar a retirada de órgãos para fins de doação, não altera a situação biológica do corpo. O fato da pessoa estar ligada a aparelhos, nessas circunstâncias, não está a prolongar a vida ou qualquer função vital da pessoa. Cessada a vida no centro de comando, não há possibilidade de manutenção de qualquer outra atividade cerebral ou vital, salvo na janela aberta para a retirada de órgãos.

A situação é diferente do coma ou dos estados vegetativos¹⁹², ainda que irreversíveis, nos quais há preservação do tronco cerebral, e com isso ainda existem atividades cerebrais.

Refere-se, contudo, que a definição de morte pelo critério encefálico tem sido contestada, em especial diante da teoria do organismo como um todo, no qual o encéfalo é apresentado como o integrador do sistema. Considerando novas experiências, Shewmon¹⁹³ contesta essa qualidade de órgão centralizador atribuída ao encéfalo e, por

¹⁹² No site oficial do Ministério da Saúde italiano, ao tratar da questão dos transplantes, consta a diferença entre a morte encefálica e o coma ou estado vegetativo: “[...] la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni del cervello. Questa condizione può presentarsi in seguito ad un arresto della circolazione sanguigna (elettrocardiogramma piatto per non meno di 20 minuti) o per una grave lesione che ha danneggiato irreparabilmente il cervello. In quest’ultimo caso i medici eseguono accurati accertamenti clinici e strumentali per stabilire la contemporanea presenza delle seguenti condizioni: stato di incoscienza; assenza di riflessi del tronco; assenza di respiro spontaneo; silenzio elettrico cerebrale. [...] Per coma si intende una condizione patologica caratterizzata da perdita della coscienza, motilità spontanea e sensibilità. Un paziente può entrare in coma per varie cause quali, principalmente: intossicazione o avvelenamento, alterazione del metabolismo, tumore, traumi o lesioni cerebrali. Il coma reversibile può durare da qualche giorno ad alcune settimane, minore è la durata del coma e minori saranno gli eventuali danni cerebrali cui andrà incontro il paziente. Lo stato vegetativo è una condizione che può evolvere dal coma, ed è caratterizzata dalla ripresa della veglia, comunque senza stato di coscienza. In nessuno dei due casi, coma o stato vegetativo, si procede a prelievo di organi o tessuti”. (Livre tradução: “[...] a morte é identificada com a cessação irreversível de todas as funções cerebrais. Essa condição pode ocorrer como resultado de uma paralisação da circulação sanguínea (placa eletrocardiograma durante pelo menos 20 minutos) ou por uma lesão grave que danificou irreparavelmente o cérebro. Neste último caso, os médicos realizam testes clínicos e instrumentais precisos para determinar a presença simultânea das seguintes condições: inconsciência; ausência de reflexos do tronco; ausência de respiração espontânea; silêncio elétrico cerebral. [...] Por coma entende-se um estado patológico caracterizado pela perda de consciência, motilidade espontânea e sensibilidade. Um paciente pode entrar em coma por vários motivos, principalmente: intoxicação ou envenenamento, alterações metabólicas, tumores, trauma ou lesão cerebral. O coma reversível pode durar de alguns dias a algumas semanas, quanto menor a duração de coma menor será o eventual dano cerebral no paciente. O estado vegetativo é uma condição que pode evoluir de um coma, e é caracterizado pela recuperação da vigília, embora sem nenhum estado de consciência. Em nenhum dos casos, coma ou estado vegetativo, procede-se à remoção de órgãos ou tecidos”). ITALIA. Ministero della Salute. **Tutela del donatore**. Disponível em: <<http://www.trapianti.salute.gov.it/cnt/cntDettaglioMenu.jsp?id=24&area=cnt-generale&menu=menuPrincipale&sotmenu=donazione&label=mpd>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

¹⁹³ O autor, em texto datado de 1997, de cunho quase que autobiográfico, expõe sua contrariedade com o critério de morte encefálica como qualificativo de morte. Relata que, quando estudante, optou pela neurologia muito seduzido pela ideia da “morte encefálica”, mas que estudos levaram a negar a hipótese de que a morte de um único órgão pudesse levar a morte do ser humano. Nesse sentido SHEWMON, Alan.

consequência, coloca em cheque a opção pelo reconhecimento da morte por essa teoria. Para o autor, a opção de morte cerebral deveria estar baseada em outras teorias que não essa¹⁹⁴. Salienta-se que o autor tornou-se o maior opositor do critério da morte encefálica, repercutindo suas ideias no meio científico e social¹⁹⁵.

O critério da morte encefálica é objeto de debates que vão da negação do critério de morte, como o caso de Shewmon, até aqueles que pretendem ampliar o critério para a morte cerebral superior de que se falará na sequência¹⁹⁶.

Ainda que reconhecido o problema de origem na adoção do critério de morte encefálica e a ausência de um enquadramento correto por parte do Comitê de Harvard,

Recovery from "Brain Death": A Neurologist's Apologia. **The Linacre Quarterly**, v.64, n. 1, p. 30-96, Feb. 1997, Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/8270/7294f3950d802e90ae914e51996463a0ad6c.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2016. p. 32-34.

¹⁹⁴ Conclui o autor: "The phenomenon of chronic BD implies that the body's integrative unity derives from mutual interaction among its parts, not from a topdown imposition of one "critical organ" upon an otherwise mere bag of organs and tissues. If BD is to be equated with human death, therefore, it must be on some basis more plausible than that the body is dead. Whether other rationales, such as loss of "personhood" from a biologically live body, might be conceptually more viable or desirable for societal endorsement is beyond the scope of this physiologic inquiry". (Livre tradução: "O fenômeno da morte cerebral crônica implica que a unidade integrativa do corpo deriva de mútua interação entre suas partes, não da imposição de um "órgão crítico" sobre um simples saco de órgãos e tecidos. Se morte cerebral deve ser equiparada à morte humana, portanto, deve ser em alguma base mais plausível do que o corpo está morto. Se outras justificativas, como a perda de "personalidade" de um corpo biologicamente vivo, podem ser conceitualmente mais viáveis ou desejáveis para endosso da sociedade, está além do escopo desta investigação fisiológica"). SHEWMON, Allan. **Chronic...** p.1544.

¹⁹⁵ Na mesma linha de contestações ao critério de morte, verifica-se que também a Igreja tem se debatido com relação a morte encefálica. No ano de 2009 foi realizado Congresso para tratar especificamente sobre a questão, e já é possível perceber as divergências sobre o tema. Nesse sentido ver **Conferência Pró-Vida sobre os Critérios de "Morte Cerebral" terá dificuldades para desintrincheirar a Posição do Vaticano**. WHITE, Hilary. **Conferência...**

¹⁹⁶ Jensen, ao apresentar uma coletânea de textos que trata do tema da doação de órgãos, faz um apanhado da situação atual. Os textos foram exibidos em uma Conferência na Universidade de Huston no Texas, que tinha por finalidade tratar do problema de transplante de órgãos de diferentes ângulos. Parte da questão referente a morte encefálica apresentando diversas visões sobre o mesmo tema. Refere o autor: "Of course, brain death may in fact be the death of the individual, in which case few would object to the removal of organs from brain-dead individuals. The standard of brain death, however, faces increasing criticism. The critics fall into two groups. The first one – the most prominent member of which is D. Alan Shewmon – would prohibit the taking of organs from many brain-dead individuals. The much larger second group, however, represents further points down the slope. Some wish to redefine death in terms of higher brain death, that is, a person should be considered dead when he lacks his higher brain functions by which he maintains consciousness". (Livre tradução: "Claro, a morte cerebral pode ser de fato a morte do indivíduo, na qual em poucos casos se oporiam à retirada de órgãos de pessoas com morte cerebral. O padrão de morte cerebral, no entanto, enfrenta críticas crescentes. Os críticos se dividem em dois grupos. O primeiro - o membro mais importante das quais é Alan D. Shewmon - proibiria a retirada de muitos órgãos de pessoas com morte cerebral. O segundo grupo, muito maior, no entanto, representa outros pontos abaixo da inclinação. Alguns desejam redefinir a morte em termos de morte superior encefálica, ou seja, uma pessoa devia ser considerada morta quando faltarem funções cerebrais altas com as quais se mantém a consciência). JENSEN, Steven J. **The Ethics of Organ Transplantation**. Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2011. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=eRi4yEuTJWMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbv_ViewAPI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 21 dez. 2016.

em que se sobressai de suas manifestações o utilitarismo do critério adotado, é importante reconhecer que não são circunstâncias iguais.

Também se sabe que a manutenção de batimentos cardíacos e de respiração artificial, torna difícil acreditar que se está diante de uma pessoa morta. Esta, aliás, é a grande dificuldade para a coleta de órgãos para fins de transplante.

O critério, contudo, parte do conhecimento de que a função respiratória depende de atividade encefálica, de forma que, comprometido o encéfalo, também estará comprometida a respiração e, por consequência, a atividade cardíaca que, por sua vez, depende da respiração. Com a adoção do novo critério, os critérios anteriores seriam testados de forma indireta, ou seja, constatada a ausência de atividade encefálica, constatava-se também a ausência de capacidade respiratória e cardíaca. Desta forma, adotando a teoria do organismo como um todo, para fins de declaração da morte, o critério da morte encefálica estaria atendendo a essa teoria¹⁹⁷.

O tema permanece gerando polêmica, contudo, com vistas a possibilitar também o transporte de órgãos, e com isso a possibilidade de que uma vida que se extingue possa salvar outra vida. A averiguação indireta, com a necessária segurança nessa comprovação, é a forma de atender a situação. Naturalmente que, para a comprovação direta seria necessário desligar os aparelhos e, dessa forma, inviabilizar a retirada de órgãos, chegando-se aos mesmos resultados de morte.

Assim, associando o benefício do paciente que já está sem comunicação com o mundo externo e os benefícios para aqueles que precisam ou venham a precisar de um transplante, o critério da morte encefálica atende a evolução técnico-científica que trata da morte e do morrer¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Gerald des apresenta, contudo, conclusões do neurologista americano Allan Shewmon que contestam a conclusão de que o encéfalo seja o integrador central de todos os órgãos. Refere o autor: “segundo esse Autor, a coordenação do «organismo como um todo» não pode ser imputada a um específico órgão, pelo que ao encéfalo não pode ser atribuída essa função. Isto porque, segundo a sua tese, o encéfalo desempenhará, afinal, apenas uma função de regulação – e não de integração somática central – de um sistema de coordenação e integração intrínseco já existente. Este resultará, afinal, da interação dos vários órgãos do corpo humano e não apenas de um só órgão ou de uma parte de uma parte de um órgão. Assim, determinar a cessão da existência do «organismo como um todo» não poderá depender da verificação de um único órgão, o encéfalo, e muito menos apenas da verificação da morte do tronco encefálico. Por tudo isso, Shewmon rejeita tanto o critério da morte cerebral total, como o critério da morte do tronco encefálico, se adaptada a «teoria do organismo como um todo»”. GERALDES, João de Oliveira. **Finis...** A despeito da conclusão apresentada pelo autor, não se vislumbra diferença entre a adoção da morte encefálica, seja considerando a morte global ou do tronco. Como referido acima, a situação seria a mesma. A diferença maior apontada por Shewmon diz em verdade com a adoção de uma teoria do organismo como um todo e de um critério de morte encefálica, o qual passou a contestar veementemente, e não com os critérios para a comprovação desta.

¹⁹⁸ Cfr. SINGER, Peter. **Escritos...**, p. 186.

Para Singer, um dos motivos da rápida e fácil acolhida do critério de morte encefálica é o fato de que essa decisão não maltrata o paciente, além de beneficiar os demais que estão próximos e envolvidos na situação como familiares, profissionais da saúde e hospitais. Foi compreendido pelas pessoas que *“uma vez destruído o cérebro, não existe hipótese alguma de recuperação da consciência, pelo que não faz sentido conservar o corpo”*¹⁹⁹.

Os protocolos clínicos para comprovação da morte encefálica tem exigência de vários testes de forma a garantir segurança tanto para a equipe médica como para familiares do paciente e da sociedade.

No Brasil, esses protocolos são estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, sempre com vistas a garantir um diagnóstico confiável²⁰⁰. Os exames e o tempo de observação variam de acordo com a idade do paciente e devem demonstrar de forma inequívoca a ausência de atividade elétrica ou atividade metabólica ou de perfusão sanguínea cerebral²⁰¹.

Os testes exigidos permitem assim a comprovação da total ausência de atividade cerebral, comprovando a morte encefálica.

Com efeito, na mudança do critério de morte, do tradicional para o encefálico, há de certa forma uma inversão do que se prioriza. Constatada a morte pelo critério cardiorrespiratório, identifica-se prioritariamente o fim da vida, e na sequência do viver, enquanto que, ao falar em morte encefálica, está a se atestar primeiramente o fim do viver e de consequência da vida. Ou seja, há uma alteração do ponto em que se parte, embora qualquer dos critérios de morte seja equivalente ao fim da vida/viver.

Salienta-se que se está diante de uma mesma morte, com critérios diversos adotados para a sua declaração²⁰². Tem-se, contudo, que a morte, por qualquer de seus

¹⁹⁹ Cfr. SINGER, Peter. **Escritos...**, p. 186.

²⁰⁰ Em referência a simpósio realizado para tratar do tema, no ano de 2004, Pinheiro analisa os critérios estabelecidos para comprovação da morte encefálica, concluindo que, embora possível de aperfeiçoamento, os testes exigidos permitem um diagnóstico de certeza. Refere o autor: “Em resumo, podemos afirmar com segurança, que a Resolução CFM 1480/97 está firmada em pilares extremamente sólidos e que os parâmetros nelas descritos são os mesmos em todo o mundo com variações de pequena monta. Apesar disso, a Resolução estará sempre aberta para modificações, já que sabemos que nada é imutável e que novos saberes poderão nos trazer contribuições e modificações”. PINHEIRO, Solimar. **Sobre o coma e a morte encefálica**. 18 abr. 2004. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20115:sobre-o-coma-e-a-morte-encefálica&catid=46:artigos&Itemid=18>. Acesso em: 21 dez. 2016.

²⁰¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.480/97...**

²⁰² Nesse sentido: “Spesso si sente parlare di morte cerebrale, morte clinica o morte cardiaca; in realtà la morte è una sola, ma ci sono diverse modalità di accertamento: secondo criteri cardiaci, neurologici o necroscopici”. (Livre tradução: “Muitas vezes ouvimos falar de morte cerebral, a morte clínica ou morte

critérios, significa o oposto da vida e do viver. Os critérios podem variar para fins de declaração, mas permanecem sendo a declaração da morte.

A evolução no campo tecnológico e médico segue seu curso e novos debates são inevitáveis. Embora problemas apontados, o critério da morte encefálica é acolhido como determinante do momento do óbito da pessoa. Mas convive-se com situações nas quais há permanência de atividades cerebrais, mas sem interação da pessoa com o ambiente externo, como o caso dos pacientes em estado vegetativo persistente e permanente, pois trata-se de quadros irreversíveis que, contudo, não estão incluídos na definição de morte cerebral global.

Tem início, assim, o debate quanto à alteração do critério de morte para o critério de «morte cerebral superior», ou seja, considerar que pessoas com perda das funções cerebrais superiores, ainda que mantenham funções corporais, estariam mortas, uma vez que não há mais a consciência e a interação com o ambiente externo.

Os defensores desse novo debate consideram a consciência como dado primordial do conceito de pessoa. Referem que ao considerar o critério da morte do tronco cerebral ou cerebral global consideram o cérebro como controlador e integrador das atividades orgânicas, relegando para um segundo plano o cérebro como responsável pela consciência, que é, em verdade, o que qualifica o ser humano como pessoa²⁰³.

Embora esse novo critério pudesse resolver problemas das pessoas que se encontram em EVP, pois a situação seria considerada como morte, apresenta vários outros questionamentos de ordem ética, de forma que até este momento não há dado de que algum Estado tenha optado por esse critério de morte²⁰⁴.

A situação é bastante diversa da que encaminha para um diagnóstico de morte encefálica, na qual, repita-se, não há atividade cerebral alguma. Quando atingida alguma parte do cérebro e mantidas outras atividades, inclusive preservado o tronco cerebral, várias são as situações possíveis e as respostas que podem ser dadas nessas

cardíaca; na verdade, a morte é uma só, mas existem diferentes formas de avaliação: de acordo com critérios cardíacos, neurológicos ou necropsia). ITALIA. Ministero della Salute. **Tutela del...**

²⁰³ Cfr. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte: ética no fim da vida**. Lisboa: Coisas de Ler, 2009. p. 34.

²⁰⁴ Para Gonçalves “a determinação da irreversibilidade da perda da função cerebral no EVP envolve várias dificuldades. Existe o receio de se produzir um número inaceitável de determinações falsamente positivas. De facto, há casos de diagnósticos errados de EVP. Há casos raros de recuperação tardia da consciência, embora para um estado de grande incapacidade e dependência total pelo que, tanto quanto sei nenhum estado adotou na sua legislação a definição de morte cerebral superior”. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 34.

circunstâncias. No mínimo por uma questão de prudência, não há como se afirmar a morte, correspondente ao fim da vida/viver nessas circunstâncias.

Como se verificou no exame dos acórdãos no primeiro capítulo, a tendência é de autorizar a suspensão do suporte vital para os casos de EVP, tendo por base o direito de recusa de tratamento, ainda que se apresente como necessário perquirir a vontade do paciente. Embora o resultado seja igual, a situação posta é bastante diferente, pois parte-se da ideia de que a pessoa, ainda que sem atividade cerebral superior, permanece viva, de forma que, se houver manifestação de seu desejo pela manutenção do tratamento ou se sua família assim se posicionar, não é possível retirar as medidas de suporte.

Esse novo critério apresenta, sem dúvida, problemas de ordem emocional e social. É difícil compreender como uma pessoa que mantém a possibilidade de respirar sem auxílio de máquinas possa estar morta²⁰⁵. Impõe deixar claro que no critério de morte encefálica, algumas funções vitais podem ser mantidas por algum tempo, por meio de aparelhos, apenas para poder permitir o transplante, mas não é constatada nenhuma atividade cerebral, ao contrário do novo critério referido²⁰⁶.

Ademais, surgiria o problema relativo às doenças neurológicas degenerativas, nas quais a pessoa perde gradualmente as funções cognitivas, culminando na perda da consciência de si própria. Como refere Gonçalves, estaria em debate *“quanta consciência é necessário ter para se considerar que a pessoa está viva”*²⁰⁷.

Do que se observa que a definição de morte está sempre em aberto e pode ser alterada por consensos sociais, o que merece sempre a total atenção da sociedade como um todo²⁰⁸. Embora em seu fundo a questão seja efetivamente científica, é um tema que atinge a todos.

²⁰⁵ Leciona Jensen: On this view, a person in a persistente vegetative state, whose brain - apart from the córtex - might be functioning quite normally, would be considered dead, and his body would provide a viable supply of organs to meet the increasing demand. (Livre tradução: “Deste ponto de vista, uma pessoa em estado vegetativo persistente, cujo cérebro - além do córtex - pode estar funcionando muito normalmente, seria considerado morto, e seu corpo seria fornecido para o abastecimento viável de órgãos para atender o aumento da demanda”). JENSEN, Steven J. **The Ethics...** p. xii.

²⁰⁶ Não há pesquisa que comprove quanto tempo um corpo poderia permanecer, ligado aos aparelhos, após a morte cerebral, objeto, aliás, dos estudos e contestações apresentados por Shewmon. Em média, após constatada a morte encefálica, a permanência de qualquer atividade, sem aparelhos, é de poucas horas.

Aqui já é possível constatar a diferença dessas circunstâncias para os casos de EVP. Na maioria deles a pessoa é mantida apenas com sonda naso-gástrica, ou seja, apenas para fins de alimentação e hidratação, mantendo, pois, as demais atividades como, por exemplo, respiração e deglutição.

²⁰⁷ Cf. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 34.

²⁰⁸ Refere Jesse: “Other wish to make the definition of death fluid, depending upon the standards of society. Brain death conceptions may work for a time but then perhaps our society will opt for higher brain death conceptions of death. Perhaps those with advanced Alzheimer’s should be defined as dead.

Disso se abstrai que o acolhimento do critério encefálico, considerando o atual conhecimento da ciência, é um critério científico, mas também decorre de uma valoração ética sobre o tema. Ainda que se possa falar de que se trata de uma decisão com cunho utilitarista, na medida que permitiu e permite o incremento dos transplantes de órgãos, a associação de ausência de atividade cerebral, junto com a iminente falência de todos os órgãos e os benefícios advindos desse critério, justifica seu acolhimento.

Embora já haja o debate de novos critérios de morte, deve-se reconhecer que o critério de morte cerebral global está bem colocado. Os argumentos apresentados permitem vislumbrar o motivo pelo qual passou a ser acolhido como um critério de declaração da morte na grande maioria dos países, ao lado de outros critérios como o tradicional de morte cardiorrespiratória.

Nos demais casos, ainda que se possa autorizar a retirada de suporte vital quando não houver atividade cerebral superior, deve-se ter o cuidado de verificar as peculiaridades de cada caso, permitindo melhor controle da situação, e a prevalência da vontade do paciente, preservando assim a sua autonomia.

Vida e ciência sempre em movimento nos retiram da zona de conforto e exigem constante debate ético sobre as novas circunstâncias fáticas que se apresentam.

Perhaps other states of mental or physical breakdown should be considered as death. Death itself, on this view, has no objective standard. It is a social construct that we can modify to our needs". (Livre tradução: "Outros desejam tornar a definição de morte fluída, dependendo dos padrões da sociedade. Concepções da morte encefálica podem funcionar por um tempo, mas então talvez a nossa sociedade vai optar pela concepção da morte cerebral superior. Talvez aqueles com Alzheimer avançado devam ser definidos como mortos. Talvez outros estados do colapso mental ou físico devam ser considerados como a morte. A própria morte, nesta visão, não tem padrões objetivos. É uma construção social que pode se modificar para as nossas necessidades). JENSEN, Steven J. **The Ethics...** p. xii/xiii.

2.3 O momento da morte

Mesmo reconhecida a finitude da vida, ainda assim não sabemos quando a morte chegará. Em termos psicológicos, esse desconhecimento nos permite o desenvolvimento de nossas vidas, com projetos que possam se concretizar durante nossa existência.

Se o ser humano não é capaz de evitar a morte, com certeza foi bastante eficiente em alterar seu momento, antecipando ou retardando.

A antecipação da morte sempre foi possível por ato próprio, com ou sem auxílio de outrem, e por ato de terceiro que, a pedido da pessoa, anteciparia o fim, com a finalidade de se evitar maior sofrimento.

Com a evolução médico-científica passou a ser possível também estender a vida por meio de novas e modernas terapias, contudo, nem sempre com a qualidade que uma vida digna deve ter.

Nas situações que envolvem fim de vida pode ser considerada um conjunto de hipóteses, tais como: agir e provocar a morte, não agir e provocar a morte, agir de forma desnecessária, retirar aparelhos que mantêm a vida, retirar suporte vital, etc., de forma que novos termos foram sendo cunhados para designar as diferentes situações.

Daí porque hoje se fala em eutanásia, distanásia, ortotanásia, suicídio assistido, etc. Dentro da eutanásia, por sua vez, uma gama de classificações é apresentada na tentativa de enquadrar as situações diferenciadas, de certa forma atenuando suas implicações. Goldim adverte que *“esta proliferação vocabular, ao invés de auxiliar, tem gerado alguns problemas conceituais”*²⁰⁹. A advertência é procedente na medida em que o enquadramento das situações fáticas em muitos casos é difícil, podendo gerar repercussões na esfera pessoal, familiar e social, inclusive com implicações jurídicas não desejadas. As classificações e definições apresentadas por vezes geram maior confusão do que esclarecimento²¹⁰.

Necessário salientar que as alterações no campo técnico-científico sobre as quais se referiu no item 1.1 desse trabalho são também responsáveis por criar situações que precisam ser tratadas de forma inovadora. Ao lado dessa situação, distorções ocorridas

²⁰⁹ Cfr. GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufgrs.br/germor.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

²¹⁰ Outros termos também foram criados como «mistanásia» também conhecida como estanásia social, e «cacotanásia» considerada como a morte com dor ou angústia. Cfr. CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Eutanásia: dignidade da pessoa humana como fundamento ético e jurídico do direito à morte digna. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 43, p. 67, ago./set. 2011.

ao longo da história fizeram com que alguns conceitos como, por exemplo, o relativo à eutanásia, ganhasse conotação diversa e maligna²¹¹.

Antecipar, prolongar ou simplesmente deixar a morte chegar ao seu tempo certo é um debate importante na sociedade contemporânea que pode permitir se esta belecer tratamentos, inclusive legais, próprios para cada situação.

2.3.1 A antecipação da morte: suicídio, suicídio assistido e eutanásia

A antecipação da morte pela própria pessoa não é um tema novo. Questões relacionadas ao suicídio exigem atenção da sociedade e em especial dos serviços públicos de saúde, pois em grande parte dos casos estão por trás problemas de saúde mental, como depressões graves.

Ainda que doenças graves e em estados terminais, como câncer e SIDA, possam levar uma pessoa a tirar sua própria vida, isso ocorre em razão de uma soma de fatores e de certa predisposição da pessoa para chegar a essa atitude. Vale dizer, em regra, não são fatos isolados que levam ao suicídio, mas a soma de problemas. Conforme refere Gonçalves, *“o modo como as pessoas lidam com os problemas que vão surgindo nas suas vidas indica se a pessoa é emocionalmente predisposta para o suicídio”*²¹².

A forma como o suicídio é visto em termos sociais altera-se ao longo da história e tem interferências de cunho filosófico, religioso e social diversos²¹³. De tudo, porém, é

²¹¹ O termo eutanásia foi indevidamente utilizado para as mortes eugênicas realizadas na Alemanha nazista, o que pode ter causado seu estigma atual. Singer esclarece que “este programa de «eutanásia» nazi não consistia, de forma alguma, na eutanásia propriamente dita. Não se tratava de oferecer uma morte boa a seres humanos com vidas miseráveis. O seu objectivo consistia antes no aperfeiçoamento da qualidade do *Volk* e em eliminar o fardo de cuidar do «lastro social» e de alimentar «bocas inúteis». Que isso é verdade torna-se evidente pelo facto de os veteranos de guerra não constarem do programa, e de os familiares das vítimas receberem informações falsas acerca do destino dos seus entes queridos. Por outras palavras, os próprios nazis reconheciam que as suas acções eram contrárias aos interesses dos indivíduos envolvidos e, por esse motivo, não estavam dispostos a justificar publicamente as suas acções”. SINGER, Peter. **Escritos...**, p. 216.

²¹² Cfr. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 67.

²¹³ Gonçalves sintetiza a visão do suicídio na história e pelos diferentes olhares sociais: “O suicídio, nas sociedades ocidentais, foi, em geral, condenado e visto como uma traição aos deuses e à própria sociedade. O suicídio foi alvo de censura e de pesadas sanções judiciais e religiosas. O suicídio altruísta é geralmente considerado uma exceção e o martírio foi mesmo enaltecido pelas religiões, em certas épocas. Vários filósofos se pronunciaram sobre a questão do suicídio. No entanto, a discussão filosófica sobre o suicídio e a sua legitimidade pressupõe uma decisão racional. Na realidade, porém, a maioria dos suicídios resulta de estados psicopatológicos, de que se destaca a depressão, e do sofrimento que causam. Mesmo quando são planeados, a decisão de os levar a cabo é, geralmente, impulsiva e tomada em poucos minutos. Assim, a decisão não é, na maioria dos casos, racional. A compreensão desta realidade fez com que a censura social e as sanções judiciais se fossem atenuando, tendo estas, em geral, desaparecido há vários anos. Apesar de

possível abstrair que em regra, mesmo o suicídio considerado como altruísta, não é um ato eticamente aceitável.

Muitos são os fatores que podem desencadear o suicídio, os quais, se somados, potencializam o risco de ocorrer. Um dos fatores detectáveis é a existência de diagnóstico de doença psiquiátrica, entre elas a depressão²¹⁴. A referida soma dos fatores geralmente vem acompanhada ao menos da depressão e com isso levam a cometer o ato. Gafo reconhece a impossibilidade de generalizações nessa área, pois cada caso apresentará uma série de fatores e condicionamentos pessoais diversos²¹⁵.

Kant já dedicou parte do seu tempo para a análise do suicídio, condenando essa atitude que entendia ser contrária à lei moral. Embora tenha analisado do ponto de vista da obrigação moral perante si mesmo, reconhecia que no ato haveria uma transgressão também com relação aos outros. Para ele, o homem tem a obrigação de conservar sua vida como um dever para consigo mesmo, em razão da sua qualidade de pessoa. Reconhece a contradição entre o agir livre para fins de desenvolvimento da personalidade e a autorização para subtração total do corpo, com o que não poderia mais realizar-se. *“Dispor de si mesmo enquanto mero meio para um fim qualquer significa degradar a humanidade em sua pessoa, à qual foi contudo confiada a conservação do homem”*²¹⁶. Os questionamentos de Kant permanecem atuais e o suicídio ainda é motivo de questionamentos.

não ser penalizado, o suicídio não é, geralmente, considerado um direito”. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 78.

²¹⁴ “Até 90% dos adultos que cometem suicídio têm pelo menos um diagnóstico psiquiátrico, sendo os mais indicativos a depressão *major* (as alterações do sono, em especial, a insónia terminal, é uma característica importante dos suicidas), a doença bipolar, a esquizofrenia, o distúrbio de personalidade-limite e o distúrbio de personalidade psicopática nos adolescentes e adultos jovens”. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 67.

²¹⁵ GAFO, Javier. **Bioética...**, p. 275.

²¹⁶ Ao tratar dos deveres para consigo mesmo, inicia falando do suicídio: “A supressão de sua própria vida é um crime (assassinato). Com efeito, este também pode ser considerado como transgressão do dever para com outros seres humanos (de um cônjuge para com outro, dos pais para com as crianças, do súdito para com a autoridade ou seus concidadãos e, por fim, também do homem para com Deus, abandonando o lugar que ele nos confiou no mundo, sem ser a isso chamado); contudo, aqui fala-se apenas da violação de um dever para consigo mesmo, a saber, se, mesmo colocando de lado todas essas considerações, o homem ainda assim seria obrigado à conservação de sua vida meramente pela sua qualidade enquanto pessoa e se, neste caso, teria de reconhecer um dever (e, certamente, estrito) para consigo mesmo. Parece absurdo que o homem possa injuriar a si mesmo (*violenti non fit iniuria*). [...] Enquanto se fala de deveres, portanto, enquanto vive, o homem não pode alienar sua personalidade, e é uma contradição ter a autorização para se subtrair a toda a obrigação, isto é, a agir livremente, como se para essa ação não se precisasse de absolutamente nenhuma autorização”. KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 234.

O suicídio é um ato que ocorre em todas as culturas e em todos os tempos, e ainda hoje motivo de grande espanto²¹⁷. O mundo não está adequado à ideia da morte, e menos ainda a pensar que a própria pessoa possa querer recusar a viver. Predomina a concepção de que ninguém, em livre escolha, tiraria sua própria vida. Aliado a isso, há o reconhecimento de um fracasso no projeto de vida em sociedade. Daolio refere que a psiquiatria identifica o suicídio como um fenômeno individual, mas reconhece que há mais que isso, pois funciona como um recado da impossibilidade de vida comunitária²¹⁸.

Cabe aqui referir a diferença do suicídio assistido, de que se falará na sequência, na medida em que nesse há ligação direta com decisões de fim de vida e, desta forma, terá o devido acompanhamento.

O suicídio, não raro, ocorre em meio a pessoas fisicamente saudáveis, que encontram nesse ato uma forma de se livrar das pressões e problemas que não conseguem solucionar ou pelo fato de não se encaixarem na sociedade. São pessoas que não conseguem atender aos padrões impostos pelo sistema político e social, que provocam cobranças pessoais tão intensas que as levam ao desespero e, de consequência, ao suicídio²¹⁹.

Importante aqui, portanto, perceber que essa pessoa não está no exercício de sua liberdade e autonomia, pois, para tanto, é necessária a inexistência de pressões e coerções externas. É preciso reconhecer que para além do conceito de respeito à pessoa e, portanto, às suas escolhas pessoais, é necessário também a proteção aos indivíduos que dela necessitam. Essa proteção não tem um caráter paternalista, mas sim um dever com o indivíduo que está pedindo cuidado e atenção e para o qual é necessário devolver a autonomia que permita decidir sobre o seu futuro com liberdade e discernimento²²⁰.

²¹⁷ Cfr. DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio: tema de reflexão bioética. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 20, n. 3, pp. 437-438, 2012.

²¹⁸ Nesse sentido: “Enquanto se alardeiam os avanços da medicina e da sociedade em favor da qualidade de vida, estimula-se uma prática na qual a vida tem pouca importância. De maneira geral, a psiquiatria encarou o suicídio como fenômeno individual. Entretanto, as intensas pressões que as condutas coletivas ou os fatos sociais exercem sobre a vida privada e profissional permitem demonstrar, sem esforço, que tal enfoque não basta. Com sua morte, o suicida não apenas diz que não se suportava mais: dá também o recado de não mais ser possível conviver no meio social no qual está inserido. Em cada sujeito que se mata, fracassa uma proposta social. É a constatação de que um projeto social falhou na pessoa do suicida. Projeto esse que não pode ser banalizado somente na dimensão da dor e do sofrimento daquela vítima – e se é certo que na atualidade a patologia suicida é uma patologia social, então a forma de entendê-la, enfrentá-la e curá-la não pode ser senão social. A repercussão do suicídio para a sociedade e, em especial, para a família do suicida é chocante. É a percepção de que algo deixou de ser feito. É a constatação de que a sociedade, possuidora de alta tecnologia e poder, não tem habilidade e tempo para ouvir, diagnosticar e ajudar uma pessoa à beira de ato tão radical”. DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio..., p. 439.

²¹⁹ Cfr. DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio..., p. 439.

²²⁰ Cfr. DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio..., p. 440.

Verificado, assim, que a pessoa potencialmente suicida é alguém que precisa de proteção e não de punição, não há penalidade para o ato ou sua tentativa.

Contudo, enquanto o suicídio é ato da própria pessoa, não punido como tal²²¹, a grande maioria das legislações segue penalizando o auxílio prestado²²² e o reconhecendo como um ato que, de fato, deve ser coibido, pois a pessoa nessas circunstâncias necessita mais de compreensão e acolhimento do que de incentivo.

O suicídio assistido, que tem o auxílio de terceiro para que uma pessoa em fim de vida possa antecipar sua morte, enquadra-se na mesma circunstância. A especificidade com que o tema vem sendo tratado, porém, já provoca uma nova visão. O suicídio assistido, ao lado da eutanásia, apresenta-se como uma opção de se propiciar um fim de vida digno, quando a dor e o sofrimento é o que passa a reger a existência do ser humano. Daí porque o tratamento na esfera penal deveria ser distinguido.

Com efeito, é clara a distinção entre o suicídio sem uma causa válida que o justifique e o suicídio assistido que tem por finalidade acabar com um sofrimento desnecessário e sem retorno.

A distinção entre um e outro já se inicia porquanto o suicídio não exige a participação de terceiro, tanto que esse será punido se instigar ou auxiliar a realização do ato. Já no suicídio assistido, na acepção de que se fala, há necessidade do auxílio ou indicação médica, com o que haverá sempre a participação de um terceiro.

Neto reconhece que mesmo com a participação de terceiro *“deve ser admitido esse desvio ao direito à disposição sobre o próprio corpo, porque no fundo está em causa não a decisão de como morrer mas de como viver enquanto se morre”*²²³.

²²¹ Para Vasconcelos, porém, o fato do suicídio não ser criminalizado, não significa que seja uma conduta lícita. Refere o autor: “O suicídio é um acto ilícito, embora sem natureza penal. O suicídio é um mal social e pessoal. A ilicitude do suicídio decorre da indisponibilidade da vida, tanto pelo próprio como por outrem. Razões de criminologia e de penologia desaconselham a incriminação do suicídio. Na verdade, não é razoável punir criminalmente aquele que tentou sem êxito, suicidar-se. Porém, a não criminalização não significa licitude”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. reimp. Coimbra: Almedina, 2014. p. 70.

²²² Como exemplo o Código Penal brasileiro - Art. 122. - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único. A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940, alterado pela Lei nº 9.777 em 26/12/98. Disponível em: <www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2015.

²²³ Cfr. NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 866.

O suicídio assistido exige que o paciente esteja consciente e com capacidade física para executar o ato. Equivale, pois, ao suicídio, contudo, reconhecida a possibilidade de auxílio para esse fim, o que apenas seria possível quando a pessoa estivesse em fase terminal de vida.

Ou seja, quando se fala em suicídio assistido impõe-se a conjugação de algumas circunstâncias, das quais é necessário diagnóstico de que a pessoa está com doença terminal, sem opção de cura, e em sofrimento, com ausência de vida com qualidade.

Estados com legislação que autorizam o suicídio assistido estabelecem regramentos que limitam as hipóteses em que possam ser solicitados, em regra, permitindo quando a pessoa tem um prognóstico de menos de seis meses de vida.

Leis que autorizam o suicídio assistido encontram fundamento no respeito à autonomia do paciente, mas as limitações como o tempo de vida restante, por sua vez, justificam-se pela necessidade de ponderação desse direito com o legítimo interesse do Estado de proteger a vida²²⁴.

²²⁴ Plaisted debate a legislação chamada de «morte com dignidade» instituída nos Estados de Oregon e Washington nos EUA, que permite o suicídio assistido para doentes terminais. Questiona porquê da limitação para pacientes com menos de seis meses de vida se o fundamento é a autonomia. Apresenta os argumentos dos defensores da lei que referem a necessidade de equilíbrio entre a autonomia individual e os interesses do Estado de proteção a vida, referindo que pessoas com menos de seis meses de vida não tem praticamente nenhuma vida a ser preservada.

Nesse sentido: “The primary justification for these laws has been the principle of respect for autonomy; In the context of physician-assisted suicide (PAS), this principle is said to imply that competent persons should be allowed to control the timing and manner of their own deaths to the greatest extent possible. Some have objected to this justification, however, saying that if respect for autonomy is the reason for allowing PAS, then why grant it only to persons with less than six months to live? Why not allow it for people with a year to live or longer? Indeed, why must one be terminally ill at all, if autonomy is the name of the game? Defenders of the Death with Dignity (DWD) laws have responded that respect for individual autonomy must be balanced against the state’s legitimate interest in the lives of its citizens. Persons with less than six months to live have virtually no life left to protect, whereas persons with more time left, or who are not terminally ill, have a meaningfully long segment of life remaining. The state can therefore overrule their autonomy interests in order to promote its own compelling interest in preserving their lives”. (Livre tradução: “A principal justificativa para essas leis tem sido o princípio do respeito à autonomia. No contexto do suicídio medicamente assistido (PAS), este princípio é dito, implica que pessoas competentes devem ser autorizadas a controlar o tempo e o modo da sua própria morte, na medida do possível. Alguns têm objeções a esta justificação, no entanto, se o respeito pela autonomia é a razão para permitir o PAS, então porque conceder apenas para pessoas com menos de seis meses de vida? Por que não permitir para as pessoas com um ano ou mais de vida? Na verdade, porque é preciso estar doente terminal, se a autonomia é o nome do jogo? Defensores das legislações que tratam da morte com dignidade (DWD) responderam que o respeito pela autonomia individual deve ser equilibrado com interesse legítimo do Estado na vida dos seus cidadãos. Pessoas com menos de seis meses de vida não têm praticamente nenhuma vida para proteger, considerando que as pessoas com mais tempo de vida, ou que não são doentes terminais, tem um significativo segmento de vida remanescente. O Estado pode ignorar, portanto, seus interesses de autonomia a fim de promover seu próprio interesse em preservar suas vidas”). PLAISTED, Dennis. An Undignified Side of Death with Dignity Legislation. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, Washington, D.C., v. 23, n. 3, Sep. 2013. p. 202.

Para Plaisted, legislações como a do Estado do Oregon e Washington apresentam problemas quando tentam conciliarem valores contrários, quais sejam da autonomia individual e da valorização da vida pelo Estado, de forma a não dar valor à vida das pessoas em estado terminal²²⁵.

Deve-se, contudo, considerar que o debate a respeito dessas legislações é recente e ainda causa polêmica. Os Estados, em geral, têm receio de que a falta desses requisitos possa levar à perda do controle. No senso comum é compreensível antecipar a morte de quem está morrendo. Já quando há mais tempo, a ideia é de que novas chances irão aparecer e a vida irá prevalecer. Desta forma, denota-se que essas leis, como as que estabelecem requisitos para a eutanásia, vêm ao encontro do senso da comunidade e, assim, tornam-se mais palatáveis.

De toda sorte, parece razoável que o dever do Estado de proteção à vida permita colocar limites no próprio exercício da autonomia pessoal, quanto mais que as legislações são destinadas a permitir um fim de vida digno e que esteja de acordo com a vontade do paciente. Ou seja, privilegiam ainda a vida em todas as suas etapas. A ciência

²²⁵ Conclui o autor entendendo como problemáticas essas novas legislações que acabam por desconsiderar a dignidade das pessoas com menos de seis meses de vida, referindo que ao conferir o direito à morte a esses pacientes, estaria considerando como se já estivessem mortos.

Cabe discordar do autor na medida em que essas legislações estão baseadas nas circunstâncias fáticas que se apresentaram. Os seis meses de vida, apenas são um período indicativo de que nada mais pode ser feito pela cura do paciente, e que a partir do momento que fora constatada a terminalidade a possibilidade de sofrimento e dor é certa.

Refere: "DWD legislation pits two values against each other: the value of individual autonomy and the state's valuation of the lives of its citizens. DWD legislation attempts to endorse both but ends up cheapening the lives and dignity of those with less than six months to live. For this reason, I believe the present way of doing things in Oregon and Washington is problematic at best. Perhaps the DWD laws can be justified by appeal to another principle besides respect for autonomy and then these problems will not arise. [...] The undesirable course is thus to grant PAS on the ground that the right to control the timing and manner of one's own death sanctions it, but then allow PAS only to those with less than six months to live because the state places too much value on the lives of those with more time to allow PAS for them. This is not a dignity-promoting way to confer the right to PAS on those with less than six months to live, for it implies that they are, for all intents and purposes, as good as dead already". (Livre tradução: "A legislação de morte com dignidade coloca dois valores uns contra os outros: o valor da autonomia individual e de avaliação do Estado das vidas de seus cidadãos. A legislação que trata de morte com dignidade tenta endossar ambos, mas acaba barateando a vida e a dignidade das pessoas com menos de seis meses de vida. Por esta razão, acredito que o atual modo de fazer as coisas em Oregon e Washington é, na melhor das hipóteses, problemático. Talvez essas leis possam ser justificadas pelo apelo a um outro princípio além de respeito à autonomia e afastar estes problemas. [...] O curso indesejável é, portanto, conceder o direito ao suicídio medicamente assistido (PAS) pelo facto de controlar o tempo e a forma de suas próprias sanções de morte, mas depois permitir apenas para aqueles com menos de seis meses de vida porque o Estado confere mais valor para as vidas das pessoas com mais tempo, para permitir o suicídio assistido para eles. Conferir o direito ao suicídio assistido em pessoas com menos de seis meses de vida não é uma forma de promoção da dignidade, pois isso implica considerá-los, para todos os efeitos, como se já estivessem mortos"). PLAISTED, Dennis. *An Undignified...*, p. 202.

também já identificou que são os momentos finais os de maior sofrimento, sendo o que, nitidamente, se pretende evitar ao permitir a antecipação desse momento.

Não é demais repisar que o suicídio assistido nas situações peculiares do caso diverge de qualquer auxílio ou instigação ao suicídio de pessoa com possibilidade de vida longa e com qualidade.

Caso paradigmático é do Espanhol Ramón Sanpedro, que para além dos contornos romanceados que o caso adquiriu, ganhando inclusive as telas de cinema, serve bem para a análise de questões relativas ao suicídio assistido. No caso, não se verificava situação de fim de vida, estando o paciente consciente e com capacidade de interação com os outros. Tetraplégico há mais de vinte anos, não tinha condições físicas para exercer o ato de suicídio, daí porque a necessidade de auxílio para implementar seu intento. Recorreu às vias judiciais, solicitando o direito de morrer. Sustentou que a vida é um direito e não um dever, de forma que, tomada a decisão de não mais persistir naquela situação de total incapacidade física e dependência, tinha pretensões de terminar com seu sofrimento, pondo fim a sua vida.

Negado nas instâncias judiciais o direito de antecipar o fim da vida, Ramon consegue a ajuda de várias pessoas que, no caso, desmembraram os atos de auxílio de forma que, isoladamente, nenhuma das ações realizadas teria causado a morte, culminando pela ação do próprio paciente em ingerir o veneno, praticando assim o suicídio com auxílio.

Mais recentemente, também com divulgação na mídia, a decisão tomada pela americana Brittany Maynard. Após vários meses de tratamento de um câncer, já em estado terminal, marcou data para cometer o suicídio, assistida por seu médico que forneceu medicamento para esse fim, antecipando assim o final que era certo. A americana mudou sua residência para o Estado de Oregon/USA no qual o suicídio assistido é autorizado, com vistas a realizar seu intento, o que acabou por acontecer no dia 01 de novembro de 2014, com o apoio do grupo de defesa por um fim de vida digno, *Compassion and Choices*²²⁶.

Embora diferenças significativas nos dois casos, em um, constatada a terminalidade e em outro decorrente de um sofrimento prolongado, deixam evidente

²²⁶ Nesse sentido: 'ADEUS mundo': Americana com câncer terminal realiza suicídio assistido. **BBC Brasil**, 3 nov. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141103_morte_maynard_lab>. Acesso em: 17 jun. 2015.

que a assistência ao suicídio ganha diferentes contornos do delito penalizado, tendo outros requisitos para serem analisados, a exemplo das questões relativas à eutanásia.

Do grego, «eu» que significa «bom» e «*thanatos*» que significa «morte», a eutanásia é definida como a «morte piedosa», a «morte doce» já que dá fim ao sofrimento físico ou psíquico considerado incurável e insuportável, dentro de uma situação de terminalidade. É caracterizada pela intenção de abreviar a vida, ainda que o motivo possa ter justificação ética. Teria, pois, lugar quando a vida não mais apresente condições dignas, partindo-se do ponto de vista da própria pessoa.

A Declaração sobre a Eutanásia da Congregação para a Doutrina da Fé de 1980 entende por eutanásia uma ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor²²⁷.

A eutanásia, pois, pressupõe sim uma antecipação do momento da morte, contudo, com vistas a um fim digno, para se evitar dor ou sofrimento desproporcional.

Diferencia-se a eutanásia ativa que exige uma ação deliberada que provoque a morte sem sofrimento do paciente da eutanásia passiva ou indireta, quando a morte ocorre pela não realização de um ato que se praticado poderia evitá-la.

A eutanásia passiva é mais polêmica, considerando que pressupõe um não fazer, vale dizer, podendo ser qualificado pela não iniciação ou interrupção de um tratamento que antecipe o momento da morte. Pode, com efeito, confundir-se com a ortotanásia, novo termo atualmente utilizado na tentativa de evitar debates sobre eutanásia. Na ortotanásia não há antecipação do momento da morte, mas apenas a espera que a morte se apresente no seu tempo, reconhecida a futilidade de um tratamento. Para Francisconi e Goldim não há como confundir, pois a eutanásia passiva exige a intenção²²⁸.

Enfermidade e dores são males que a natureza humana precisa passar, mas que sempre esteve a combater e, mais que isso, a tentar evitar. De toda sorte, não há justificativa para se obrigar alguém a sofrer, com prolongamento desmedido dessa

²²⁷ Nesse sentido: "By euthanasia is understood an action or an omission which of itself or by intention causes death, in order that all suffering may in this way be eliminated. Euthanasia's terms of reference, therefore, are to be found in the intention of the will and in the methods used." (Livre tradução: "Por eutanásia se entende a ação ou omissão que por si só ou intencionalmente provoca a morte, com a finalidade de, desta forma, eliminar o sofrimento. Termos de referência a eutanásia, encontram-se na intenção e nos métodos utilizados"). SACRED CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH. **Declaration on euthanasia**. 5 May 1980. Disponível em: <<http://www.cin.org/vatcong/euthanas.html>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

²²⁸ Cfr. FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. **Tipos de eutanásia**. Disponível em: <<http://bioetica.ufrgs.br/eutantip.htm>>. Acesso em: 10 maio 2011.

situação, o que estaria violando direito fundamental da pessoa humana, dotada de dignidade intrínseca.

Boladeras sustenta que não há princípio ético mais fundamental do que evitar dor desnecessária. A autora refere que aqueles que acreditam que a dor redime e que o sofrimento decorre da vontade de Deus, em razão do que deveria ser suportado pelos seres humanos, não podem impor essa crença aos outros, de forma que deve ser diferenciada a vontade de Deus, a vontade da pessoa nessa circunstância e a vontade do cuidador²²⁹.

A evolução do conhecimento científico tem permitido a utilização de inúmeros novos procedimentos e medicamentos, em muitos dos casos sem alteração do processo natural da morte, e que acabam por infringir ao paciente maior dor por ter que se sujeitar ao tratamento do que propriamente pela doença. Essas novas circunstâncias são tratadas de forma diversa, com maiores cautelas, diferenciando a ideia de antecipação da morte. Com efeito, a recusa ou interrupção de um tratamento pode ocorrer em meio a uma série tão diversa de fatores, que algumas vezes podem representar uma antecipação da morte, outras apenas uma espera, mas em qualquer dos casos sabendo-se ser inevitável o fim da existência do ser.

Daí porque o tema tem muitas objeções na sociedade e também na própria área médica. O debate ganha novos contornos na medida em que se discute o direito de autodeterminação da pessoa, assim como o significado do direito à vida protegido pela regra constitucional.

O suicídio assistido e a eutanásia devem ser analisados de forma isenta e sem manipulações. São as situações peculiares de ausência de qualidade de vida que diferenciam o ato e como tal permitem o acolhimento legislativo, como o que ocorre em alguns Estados.

O tema tem implicações de ordem moral, ética, religiosa, psíquica, cultural, financeira e naturalmente legal, e deve ser analisado de acordo com os novos paradigmas.

Dworkin, sem diferenciar propriamente a eutanásia ativa da passiva, defende a autonomia do paciente como elemento preponderante e propõe, para a análise dessa autonomia - mesmo quando o paciente não possua mais condições de manifestar seu

²²⁹ Cfr. BOLADERAS, Margarita. **El derecho a no sufrir**: argumentos para la legalización de la eutanasia. Barcelona: Los libros del lince, 2009. p. 23.

interesse – o exame de sua vida, diferenciando os interesses experienciais dos interesses críticos, quais sejam aqueles que tornam a vida da pessoa genuinamente melhor. Interesses esses que não podem ser ignorados, pois apenas pioraria essas vidas. Somente conhecendo os interesses críticos de uma pessoa, ter-se-ia condições de analisar o que a pessoa considera fundamental em um momento como o do fim da vida²³⁰.

A forma de vida, o caráter, o senso de integridade e os interesses críticos que possam conduzir a uma decisão de fim de vida variam tanto de pessoa para pessoa que impedem decisões coletivas, que sirvam a todos de igual forma.

Peter Singer também ingressa no debate a respeito do assunto²³¹. Sustenta a autonomia do paciente como elemento autorizador da prática da eutanásia e defende que, antes de se deixar morrer em sofrimento, melhor seria a antecipação do momento morte.

Dworkin e Singer conferem importância decisiva ao critério da autonomia individual. Para Silva, a diferença entre eles estaria que, enquanto Dworkin parte de uma concepção que associa a autonomia aos melhores interesses e a santidade da vida, para Singer o critério da inconsciência irreversível do ser é suficiente para permitir a suspensão de tratamentos, pois essa pessoa não teria como decidir autonomamente²³².

Naturalmente que há grande oposição ao ato da eutanásia, com a utilização de fortes argumentos como da santidade da vida e dos riscos associados à liberação desta prática.

Os opositores à eutanásia relacionam motivos pelos quais são contra a legalização como: a possibilidade remota de vir a ter uma cura, a espera de uma recuperação milagrosa; a possibilidade de pessoas nesse estado, em especial idosos, estarem mais

²³⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald. **Domínio...**, p. 284.

²³¹ O autor é conhecido pelas posições controversas que assume e pelos ensaios polêmicos que assina. Reconhece que suas posições, por vezes, são deturpadas. Diz que o que pretende é levantar o debate sobre os importantes temas conduzindo os alunos a pensar se aceitam ou não essas implicações. Cfr. SINGER, Peter. **Escritos...**, p. 336.

²³² Silva, embora deixe claro que não concorda com a posição geral de Singer, nessa questão particular entende que a solução indicada, que impõe uma análise do fato médico, qual seja, a irreversibilidade de uma situação de inconsciência, é pertinente. Ao rebater a posição de Dworkin expõe: “Duma perspectiva estritamente objectiva, os interesses críticos pouca virtualidade podem assumir num quadro em que nada mais resta do que um mero vegetal. A haver interesses críticos a valorar, esses serão os interesses dos seus próprios familiares que procurarão, num difícil e sofrido exercício de abstracção, procurar conforto para a decisão que só a eles compete tomar”. SILVA, Mario Tavares. **Eutanásia: alguns aspectos morais**. Lisboa: AAFDL, 2011. pp. 70-71.

vulneráveis; e a chamada “encosta escorregadia”, referindo-se à possibilidade de perda do controle.

Otero expõe o que denomina de contradição do Estado que deve garantir os direitos fundamentais e que caminha para a difusão do que denomina de «cultura da morte». Alerta para os riscos de que, excluir alguns casos do princípio da inviolabilidade da vida, como o de doentes terminais, pode ser uma porta aberta para um modelo de Estado totalitário²³³.

Singer reconhece que já nos encontramos na encosta escorregadia ao referir que *“por isso, a questão não é ‘Podemos manter-nos afastados do declive escorregadio?’, mas sim ‘Como poderemos manter-nos no declive escorregadio sem deslizarmos numa direcção indesejada?’”*²³⁴

Os riscos efetivamente existem e o maior de todos é a má interpretação do que é a eutanásia. A deturpação do termo eutanásia, por sua utilização indevida, acabou por gerar maior temor de utilização equivocada.

Boladeras é bastante enfática ao referir que as práticas utilizadas na Alemanha nazista nada tem a ver com a eutanásia no seu conceito de morte piedosa, questionando o motivo pelo qual se mantém essa referência que apenas serve para confundir²³⁵.

²³³ Nesse sentido refere Otero: “A eutanásia será aqui o ponto intermédio de uma evolução que, exigindo hoje ao Estado o reconhecimento ao paciente terminal do direito de dispor da vida, amanhã se prepara para conferir ao Estado o poder de decidir sobre a vida dos idosos, doentes ou deficientes. Tratar-se-á, afinal, de uma decisão motivada por simples critérios de eficiência, partindo do entendimento de que a sociedade não reconhece qualquer valor a quem por idade, acidente ou nascimento se encontra debilitado. Esse será já, todavia, um modelo de Estado directamente herdeiro do Estado nacional-socialista”. OTERO, Paulo. **A democracia totalitária**: do Estado totalitário à sociedade totalitária. Caiscais: Princípiã, 2001. p. 159.

²³⁴ Cfr. SINGER, Peter. **Escritos...**, p. 335.

²³⁵ A autora analisando as práticas nazis, aponta: “El llamado “programa de eutanaia” consistía en el exterminio físico de los enfermos mentales graves sin su consentimiento ni el de sus familias, ni la intervención de la justicia. La decisión era tomada por el gobierno a partir de los informes de los responsables médicos. Su poder sobre la vida y la muerte era total, sin rendir cuentas a nadie. Qué tiene que ver esto con la eutanasia, con una muerte piadosa? Qué misericordia puede haber en el desprecio a los individuos, su fragilidad y sus relaciones personales? Qué hay más alejado de una buena muerte que morir gaseado en un cuarto de falsas duchas atestado de personas, arrancadas secretamente del entorno próprio? Por qué se sigue queriendo confundir a la gente identificando la eutanasia con los asesinatos nazis?” (Livre tradução: “O chamado “programa de eutanásia” consistia no extermínio físico de todos os doentes mentais graves sem seu consentimento, nem de sua família, ou da intervenção da justiça. A decisão era tomada pelo governo a partir de informações dos médicos responsáveis. Seu poder sobre a vida e a morte era total, sem prestar contas a nada. Que tem isso a ver com a eutanásia, como uma morte piedosa? Que misericórdia pode haver no despreço aos indivíduos, sua fragilidade e seus relacionamentos pessoais? O que é mais distante de uma boa morte do que morrer asfixiado em um quarto de falsas duchas, cheio de pessoas, arrancado secretamente do seu próprio ambiente? Por que se segue querendo confundir as pessoas identificando a eutanásia com os assassinatos nazis?”) BOLADERAS, Margarita. **El derecho...**, p. 32.

A eutanásia só seria efetivamente possível quando a antecipação da morte viria em benefício e não contra a pessoa, a seu pedido e para evitar dor e sofrimento.

Fica também claro que sempre que se falar em involuntariedade não se está falando de eutanásia. A eutanásia e o suicídio assistido pressupõem autonomia da pessoa na tomada de decisão.

Em tempos que tanto se discute alocação dos recursos e escassez de verbas, de forma a atender um maior número de pessoas possível, problema que mesmo países desenvolvidos enfrentam, deve-se ficar atento para que não seja esse o motivador de antecipações indevidas do momento da morte²³⁶. Dessa forma, a correta compreensão do que se trata a eutanásia é de suma importância, cabendo reiterar que se está sempre na esfera de voluntariedade da pessoa. Fora isso não há como se qualificar como eutanásia, tratando-se de verdadeiro homicídio.

Em termos legais, poucos são os países que tem a prática da eutanásia ou do suicídio assistido reconhecidas. Na grande maioria não há tratamento legal específico para a questão.

De acordo com o levantamento realizado pelo Instituto Kennedy de Ética²³⁷ a respeito do tratamento conferido a prática da eutanásia ativa voluntária (VAE = Voluntary Active Euthanasia) e do suicídio medicamente assistido (PAS = Physician Assisted Suicide), apenas quatro países no mundo possuem legislação expressa autorizando a eutanásia e estabelecendo as circunstâncias e requisitos a serem observados: Colômbia²³⁸, na América do Sul e Bélgica, Holanda e Luxemburgo na

²³⁶ Montero, qualificado como professor da Faculdade de Direito de Namur, em texto publicado no ano de 2000, anterior a aprovação da lei, analisa a então proposta de lei da eutanásia na Bélgica. Refere: “Na Bélgica percebe-se, atualmente, um certo consenso a favor da legalização da eutanásia “a pedido do paciente”. [...] Advoga-se pela manutenção simbólica da proibição penal (através de sua tipificação como delito de homicídio), ao mesmo tempo em que se autoriza a prática da eutanásia, contanto que se respeitem certas condições e procedimentos. A eutanásia praticada sem o consentimento do paciente, por motivos sociais e econômicos, entraria, claramente, no âmbito do Direito Penal. A legalização teria a vantagem da clareza: poria fim a hipocrisia da situação atual de tolerância, permitindo assim que a eutanásia abandonasse o seu caráter clandestino, com o fim de garantir um controle mais eficaz da mesma e de prevenir seus abusos”. MONTEIRO, Etienne. Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 778, pp. 461-462, 2000. Verifica-se, pois, que mesmo nos países em que a eutanásia veio a ser liberada, havia o receio da má utilização. Como referido acima, contudo, entende-se que somente pode ser qualificada como eutanásia, aquela voluntária. Como se verá na sequência, foi aprovada a legislação da eutanásia belga, estabelecendo os requisitos e forma de controle.

²³⁷ Nesse sentido ver: KENNEDY INSTITUTE OF ETHICS; GEORGETOWN UNIVERSITY. **Euthanasia Regulations Around the World**. Disponível em:

<<https://ethicslab.georgetown.edu/euthanasia-map>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

²³⁸ A Corte Constitucional Colombiana decidiu que os médicos não poderiam ser punidos por eutanásia voluntária de pacientes terminais. A decisão se manteve até que novas regras foram aprovadas pelo

Europa. Alguns outros países, embora não regulem a eutanásia, afastam a punibilidade, como é o caso do Uruguai.

Nesses países em que a eutanásia é admitida também é autorizado e regulado o suicídio assistido, prática que, por sua vez, é recepcionada em outros países e estados-membros, por legislação específica em que estabelecem os requisitos para admissão ou não procedimento. Outros países, como o caso da Suíça, a brecha legal que não pune o auxílio permite sua realização.

O levantamento demonstra que esse é um assunto que retorna a pauta dos debates internacionais, tanto que novas leis vêm sendo editadas. Também é possível verificar que o acolhimento do suicídio assistido supera a recepção da eutanásia. Nos países que aceitam esta, também aceitam aquele, enquanto que o contrário não é uma verdade.

Disso se pode concluir uma maior facilidade para o acolhimento do suicídio assistido do que para a eutanásia, possivelmente porque realizado pelo próprio paciente, o que pode servir como uma garantia de sua própria vontade. Tendo em mente o princípio da autonomia do paciente, o suicídio assistido oferece maiores segurança do que a eutanásia²³⁹.

Na Europa, Holanda²⁴⁰ e Bélgica²⁴¹ autorizaram a prática da eutanásia, em legislações que datam do início da década de 2000, ao que se juntou Luxemburgo²⁴² no ano de 2009.

Na Holanda, como relata Sgreccia, o caminho para a autorização foi gradual e com o estabelecimento de critérios a serem observados, com vistas a garantir que esta é a melhor solução para o caso, e que a decisão tenha partido do próprio doente²⁴³. A lei

Congresso Colombiano em 2015. Exige como condições que o paciente não seja menor, tenha doença terminal e seja competente. Se estiver inconsciente deve ser apresentado documento provando a vontade de realizar a eutanásia. KENNEDY INSTITUTE OF ETHICS; GEORGETOWN UNIVERSITY. **Euthanasia...**

²³⁹ Cfr. ADAMS, Maurice; NYS, Herman. Legislando sobre eutanásia: as leis da eutanásia belga e holandesa do ponto de vista legal e ético. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 311.

²⁴⁰ Nesse sentido ver: TERMINATION of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act. April 1, 2002. Disponível em: <<http://www.euthanasia.ws/documentos/Leyes/Internacional/Holanda%20Ley%202002.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

²⁴¹ Nesse sentido ver: BELGIQUE. Ministere de la justice. **28 Mai 2002. - Loi relative à l'euthanasie**. 2002. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&pub_date=2002-06-22&numac=2002009590&caller=summary>. Acesso em: 14 out. 2016.

²⁴² Nesse sentido ver: DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG. **Mémorial A n° 46 de 2009**. Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide. Disponível em: <<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2009/0046/a046.pdf#page=7>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

²⁴³ Sgreccia relata com minúcia o caminho por que passou a Holanda. Refere o autor: "Na Holanda, a eutanásia foi legalizada em finais de 2000. O percurso que conduziu a esta situação foi gradual: num

veio referendar as decisões jurisprudenciais, inovando com a inclusão das diretivas antecipadas. Estabelece também sutis distinções de forma que apenas a prática da eutanásia que observe com rigor os requisitos da lei não será penalizada²⁴⁴. Os dados, contudo, demonstram que apenas 3% de todas as mortes na Holanda são mortes medicamente assistidas²⁴⁵.

Na Bélgica, a legislação foi elaborada e aprovada de forma mais rápida, sem maiores debates prévios²⁴⁶. A legislação dispõe que eutanásia é o ato de pôr fim, intencionalmente, à vida de uma pessoa, por pedido desta. Observados os requisitos que autorizam a prática da eutanásia, o médico que a realizar não comete ofensa contra a vida da pessoa. O pedido deve ser escrito pelo paciente, podendo ser prévio. Ainda, a

primeiro tempo, garantia-se a não-punibilidade do médico que tivesse cometido um acto eutanásico. Este mecanismo entrou em vigor a 1 de Junho de 1994, e partia do pressuposto de que o médico implicado na eutanásia emitisse um certificado de morte não natural, acompanhado de um relatório sobre o sucedido (uma espécie de autodenúncia), redigido com base nas linhas de orientação elaboradas em 1981 pelo Tribunal de Roterdão, e depois revistas pela Royal Dutch Medical Association, em 1985. As linhas de orientação previam os seguintes pressupostos para um legítimo pedido de eutanásia: 1. O paciente deve sofrer de dores insuportáveis; 2. O paciente deve estar consciente; 3. O pedido de morte deve ser voluntário; 4. Devem ser propostos ao paciente outras alternativas e algum tempo para as considerar; 5. Não devem haver outras soluções razoáveis para o problema; 6. A morte do paciente não pode causar um sofrimento inútil a outros; 7. Deve haver mais de uma pessoa implicada na decisão; 8. Só um médico pode efectuar a eutanásia do paciente; 9. É necessário tomar grandes cuidados antes da decisão. Em seguida, estabeleceu-se que nem só o sofrimento físico justificava o pedido de eutanásia, mas também o psicológico e as potenciais disfunções da personalidade. Isso significa que o acesso à eutanásia está aberto também a um sujeito que não possa ser definido clinicamente como doente ou sofredor". SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 917.

²⁴⁴ Cfr. KIMSMA. G. K. Death by request in The Netherlands: facts, the legal context and effects on physicians, patients and families. **Med Health Care Philos.**, v. 13, n. 4, pp. 355-361, Nov. 2010. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2949557>>. Acesso em: 14 out. 2016. doi: 10.1007/s11019-010-9265-0

²⁴⁵ Antunes relata: "Vale a pena chamar a atenção para que na Holanda a percentagem de mortes medicamente assistidas é apenas de 3% e que, quando ocorrem, encurtam em 3,3 semana o tempo de vida expectável. Refira-se ainda que 80% das mortes medicamente assistidas ocorrem em doentes com cancro. Um estudo holandês revelou ainda que 92% dos pedidos de morte assistida se baseavam em doença física, 3% estavam relacionados com estados depressivos e 5% eram de pessoas que afirmavam estar «cansados de viver», pedido que quase nunca é atendido". ANTUNES, João Lobo. **A nova medicina**. Lisboa: FFMS, 2012. p. 60.

²⁴⁶ Lecionam Adams e Nys: "Em 28 de maio de 2002, um projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Representantes da Bélgica. Um ano antes, o Senado belga havia, de igual modo, aprovado este projeto. Em 23 de setembro de 2002, a lei de Eutanásia Belga entrou em vigor. Isso levou ao fim o processo legislativo relativamente breve iniciado em novembro de 1999. Que a lei de Eutanásia belga tenha surgido tão rapidamente é ainda mais digno de nota, visto que o processo legislativo não estava de modo algum legalmente pré-estruturado, como ocorreu na Holanda: não havia na Bélgica, por exemplo, nenhuma jurisprudência relevante sobre o tema. [...] Como resultado, a lei de Eutanásia holandesa é muito mais concisa que a Lei de Eutanásia belga. A legislação belga optou por uma detalhada e extensiva regulação, para atingir o máximo de certeza para o médico e para o paciente". ADAMS, Maurice; NYS, Herman. *Legislando...*, p. 309.

situação clínica deve ser irreversível, decorrente de causa accidental ou patologia grave e incurável, que cause sofrimento constante e insuportável²⁴⁷.

A lei belga não prevê expressamente a possibilidade do suicídio assistido, mas entende-se que o conceito de eutanásia engloba o de suicídio assistido²⁴⁸. Esse argumento reforça a ideia de que a eutanásia seria, dentre as opções, a mais difícil. Ou seja, se está autorizado a antecipação da morte em determinadas circunstâncias, a ser realizado por terceira pessoa, também estaria autorizado, nessas mesmas circunstâncias, a ser realizado pelo próprio paciente. Algo como se pode o mais, poderia também o menos.

A utilização da prática na Bélgica teve um incremento²⁴⁹ e levou ao debate sobre o alargamento das hipóteses em que possa ser utilizada. A legislação do ano de 2002 apenas autorizava a eutanásia para maiores de dezoito anos ou emancipados, capazes, que tenham doença incurável e estejam com elevado nível de sofrimento comprovado. Em fevereiro de 2014 foi então aprovada a retirada da limitação de idade para a prática

²⁴⁷ Cfr. BALLARINO, Tito. Eutanásia e Testamento Biológico nel Conflitto di Leggi. **Revista de Diritto Civile**, Padova, v. 54, n. 1, p. 75, 2008.

²⁴⁸ Adams e Nys atribuem a ausência de tratamento específico ao contexto político no qual a lei foi aprovada. Relatam na sequência que a questão “foi resolvida pela chamada Comissão Federal de Controle e Avaliação sobre Eutanásia em seu primeiro relatório de avaliação bienal, em setembro de 2004, a Comissão limitou-se a declarar que considerava o suicídio assistido por médico inserido na definição de eutanásia”. ADAMS, Maurice; NYS, Herman. *Legislando...*, pp. 311-312.

²⁴⁹ Nesses termos a notícia publicada no Diário de Notícias português: “A Bélgica registrou em 2012 um número recorde de casos de eutanásia, indicou hoje a comissão responsável pelo acompanhamento desta prática, legalizada pelas autoridades belgas há 10 anos. Estes dados são divulgados numa altura em que o Senado belga (câmara alta do Parlamento) começou a debater o alargamento da eutanásia a menores e a doentes de Alzheimer. A Comissão federal de controle e de avaliação da eutanásia recebeu no ano passado 1.432 declarações de eutanásia, o que representou um crescimento de 25 por cento face a 2011 (1.133 casos). Em termos globais, os casos de eutanásia representam menos de dois por cento dos cerca de 100.000 óbitos registados anualmente na Bélgica. Por razões culturais e de proximidade com a Holanda, primeiro país que legalizou a eutanásia, 81 por cento dos casos foram declarados por flamengos (norte da Bélgica, 1.156 casos). Os restantes 19 por cento (276 casos) foram declarados por cidadãos francófonos. A grande maioria dos casos envolveu pacientes com cancro, cerca de 74 por cento, segundo os mesmos dados”. Reportagem Diário de Notícias. PADRÃO, Isaltina. Bélgica registou 1432 eutanásias: um número recorde. DN Globo, 07 fev. 2013. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3040790&seccao=Europa>. Acesso em: 09 out. 2015.

da eutanásia, estendida assim para menores²⁵⁰. No ano de 2016 é autorizado o primeiro caso de eutanásia em um paciente com 17 anos de idade²⁵¹.

Em Portugal, o Código Penal não se refere explicitamente à eutanásia, mas na leitura dos artigos 133º e 134º²⁵² tem-se que essa conduta é tipificada como crime, embora com abrandamento da pena. Na hipótese do homicídio a pedido da vítima, a pena é atenuada se comparada com o homicídio privilegiado, caracterizado pela compaixão²⁵³.

²⁵⁰ A aprovação da lei foi matéria de reportagem publicada no Diário de Notícias português, em 13 de fevereiro de 2014: “Os deputados belgas aprovaram hoje em definitivo uma lei que alarga o campo legal da eutanásia a menores atingidos por uma doença incurável, sem fixar uma idade mínima. A lei, que tinha sido votada pelo Senado em dezembro, foi aprovada pelos deputados por 86 votos a favor, 44 contra e 12 abstenções e deverá entrar em vigor nas próximas semanas. A legalização da eutanásia para adultos vigora no país desde 2002. Após meses de aceso debate, e apesar da oposição da igreja e de diversos pediatras, a câmara baixa do parlamento aprovou a medida com uma confortável maioria, tornando o país com maioria de população católica o segundo, após a Holanda protestante, a permitir a eutanásia para crianças, e o primeiro a abolir todas as restrições de idade”. Reportagem Diário de Notícias. VIEGAS, Patrícia. Lei aprovada no Parlamento: Bélgica legaliza eutanásia para menores. **DN Globo**, 13 fev. 2014. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3685159&seccao=Europa>. Acesso em: 09 out. 2015.

²⁵¹ Nesse sentido notícia veiculada em 17.09.2016: “Adolescente de 17 anos é o primeiro menor a receber ajuda para morrer depois que o país eliminou as restrições etárias de sua legislação, em 2014. Autoridades destacam que se trata de caso excepcional. Seguindo a lei adotada pelo país em 2014, a Bélgica aplicou pela primeira vez a eutanásia num paciente menor de idade, afirmou neste sábado (17/09) o presidente da Comissão Federal de Controle e Avaliação da Eutanásia, Wim Distelmans. Ele disse à agência de notícias Reuters que o menor tinha 17 anos, e que o médico responsável pela eutanásia reportou o caso esta semana à comissão. A identidade e a doença do paciente não foram reveladas. Distelmans também confirmou a morte assistida ao jornal *Het Nieuwsblad*, sublinhando que se trata de um caso excepcional e que a eutanásia estaria reservada a casos sem esperança. “Felizmente, há muito poucas crianças em que se pode considerar a possibilidade da eutanásia, mas isso não significa que lhes devamos recusar o direito a uma morte digna”, declarou Distelmans ao jornal. BÉLGICA aplica eutanásia em menor de idade. DW, 17 set. 2016. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/b%C3%A9lgica-aplica-eutan%C3%A1sia-em-menor-de-idade/a-19559111>>. Acesso em: 14 out. 2016.

²⁵² Art. 133º Homicídio privilegiado. Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Art. 134º Homicídio a pedido da vítima. 1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos. PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. **DL n.º 48/95, de 15 de Março**. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 20 dez. 2016.

²⁵³ Brito e Rijo referem a opção legislativa de Portugal pela punição da eutanásia, mesmo diante do pedido da vítima. Entendem que a legislação reconhece que a vontade maior é de estar vivo e que a autorização da eutanásia poderia conduzir a um novo direito, qual seja, o direito à morte provocada, em desacordo com princípios constitucionais e convenções internacionais. Analisam as hipóteses legais que encaminham para o abrandamento da pena.

Referem os autores: “Tratando-se de uma situação justificável, o legislador português entendeu por bem atenuar e mitigar a pena dada a sua culpa diminuta. Esta Eutanásia a pedido da vítima, prevista no Art. 134º do C.P. tem – face ao facto de se tratar de uma eutanásia forçada e determinada pelo pedido da vítima – uma moldura penal mais atenuada comparativamente ao homicídio privilegiado previsto no Art. 133º do C.P. dado que aqui trata-se de uma Eutanásia homicida prevista e querida pelo próprio agente – com a intenção consciente e deliberada de matar (*animus necandi*) – embora como modo de pôr termo a insuportável sofrimento da vítima (a compaixão constitui assim, um relevante valor social e moral). A

Nos Estados Unidos, o Estado de Oregon é o único que, em 1984, legalizou a eutanásia para os doentes em fase terminal ou que a peçam formalmente. A lei, contudo, encontra-se suspensa no aguardo da pronúncia de um tribunal local²⁵⁴.

No Uruguai, a eutanásia é tratada como homicídio piedoso, com previsão de isenção de castigo a quem realizar o procedimento²⁵⁵.

No Brasil, a conduta da eutanásia não está tipificada e tal prática se encaixa no disposto do art. 121 “caput” do seu Código Penal. Caso se configure a eutanásia cometida verdadeiramente por motivo de piedade ou compaixão com o enfermo, é possível a aplicação de uma diminuição da pena prevista no §1º desse mesmo artigo. Atualmente, está em andamento projeto de lei que altera o Código Penal, incluindo expressamente referência à eutanásia, mantendo a criminalização, embora com pena mais branda que o homicídio²⁵⁶.

No que diz respeito ao suicídio assistido, igualmente, na grande maioria dos países o tema é deixado *a latere*, seguindo, como já referido, a penalização à assistência, ao auxílio ou induzimento ao suicídio. Mas, nos últimos anos, mais países acolhem essa prática, não criminalizando ou estabelecendo legislação própria.

Eutanásia homicida prevista no Art. 133º do C.P. é, portanto, bem distinta da Eutanásia a pedido da vítima prevista no Art. 134º do mesmo diploma. BRITO António José dos Santos Lopes; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou direito de viver?** Coimbra: Almedina, 2000. pp. 102-104.

²⁵⁴ *Cfr.* SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 918.

²⁵⁵ Art. 37. (Del homicidio piadoso) Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima. (Livre tradução: “Art. 37. (Do homicídio piedoso) Os Juízes tem a faculdade de exonerar do castigo o sujeito de antecedentes honrados, autor de um homicídio, efetuado por motivos de piedade, mediante súplicas reiteradas da vítima”). URUGUAY. **Código Penal**: Lei 9414, de 29 de junio de 1934. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/penaluru.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

Rosa relata, ainda, que, no Uruguai, a assistência ao suicídio permanece crime. Na Colômbia, a corte constitucional já autorizou a eutanásia em determinados casos, porém a matéria ainda não se encontra legalizada. ROSA, Kellen Martins da. Direito à vida, direito à morte e dignidade da pessoa humana. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org.). **Ensaio de Biodireito: respeito à vida e aos imperativos da pesquisa científica**. Pelotas: Delfos, 2008. p. 179.

²⁵⁶ Sobre a matéria tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 125 de 1996, que autoriza a prática da morte sem dor nos casos em que especificava. O projeto, contudo, encontra-se arquivado. Atualmente, em andamento no Senado Federal o anteprojeto que altera dispositivos do Código Penal brasileiro (Projeto de lei nº 236/2012), que prevê no art. 122, a eutanásia como modalidade nova e autônoma de crime, diverso do homicídio. A criminalização expressa sofre críticas, mas o projeto tem a adesão de vários juristas.

Nesse sentido ver MENDES, Filipe Pinheiro. A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei nº 236/12 do Senado Federal (novo Código Penal). Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n%C2%BA-23612-do-senado-federal-novo-c%C3%B3digo-penal>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

Nos Estados Unidos da América, cinco estados autorizam o suicídio assistido. São eles, Montana, Oregon, Washington e Vermont, aos quais se juntou o Estado da Califórnia em outubro de 2015²⁵⁷.

Também no ano de 2015 a Alemanha passou a permitir o suicídio assistido em alguns casos, desde que por motivos altruístas e sem fins comerciais²⁵⁸.

Na Suíça, utilizando-se de uma brecha legal, organizações de defesa da morte com dignidade realizam essa atividade²⁵⁹.

²⁵⁷ Conforme notícia divulgada, em outubro de 2015 a Califórnia tornou-se o quinto Estado americano a autorizar o suicídio médico assistido, após Montana, Oregon, Washington e Vermont. A notícia sobre o tema é apresentada sob o título - *Califórnia é o quinto Estado a regulamentar a eutanásia* - o que já demonstra os equívocos como situações diversas são compreendidas, uma vez que o objeto da notícia é o suicídio assistido. Consta de notícia: "O tema tem sido há muito tempo um assunto polêmico na sociedade norte-americana e ganhou os holofotes na Califórnia com o caso de Brittany Maynard, uma mulher de 29 anos com um tumor no cérebro, que se mudou da Califórnia para Oregon e tirou a própria vida em novembro do ano passado. *"Adeus a todos os meus queridos amigos e parentes que amo. Hoje é o dia em que escolhi partir com dignidade diante de minha doença terminal, este terrível câncer cerebral que tirou tanto de mim [...] mas que poderia ter tomado muito mais"*, declarou Brittany, na época, em uma mensagem divulgada nas redes sociais, que foi compartilhada por milhões de pessoas". CALIFÓRNIA é o quinto Estado a regulamentar a eutanásia. **Zero Hora**, Porto Alegre, 06 out. 2015, p. 25.

²⁵⁸ Em notícia veiculada em novembro de 2015, consta a informação da liberação do suicídio assistido. Consta da notícia: "Germany passes law allowing some types of assisted suicide. — German lawmakers passed a bill Friday allowing assisted suicide for "altruistic motives" but banning the practice in cases where it is being conducted on a "business" basis. The issue is a particularly sensitive topic in a country where the last time euthanasia was part of public policy it was used by the Nazis to kill more than 200,000 people with physical and mental disabilities. Lawmakers voted 360-233 in favor, despite fears voiced by many that it could lead to charges against doctors. The measure allows assisted suicide on an "individual basis out of altruistic motives" but threatens up to three years in jail for anyone who offers suicide to someone else "on business terms. [...] The four proposals debated in Parliament ranged from fully permitting the practice so long as it's not for profit to a near-complete ban. The middle-of-the-road version that passed was proposed a group of lawmakers from all parties in parliament, ranging from Merkel's Christian Democrats to the opposition Left Party." (Livre tradução: A Alemanha aprova lei que permite alguns tipos de suicídio assistido - Legisladores alemães aprovaram hoje um projeto de lei que autoriza o suicídio assistido por "motivos altruístas", mas proíbe a prática nos casos em que ela é conduzida com base em "negócios". A questão é um tema particularmente sensível em um país no qual a última vez que a eutanásia foi parte da política pública, foi usada pelos nazistas para matar mais de 200.000 pessoas com deficiências físicas e mentais. Os legisladores votaram a favor 360-233, apesar dos medos expressos por muitos que poderiam levar a acusações contra médicos. A medida permite o suicídio assistido "numa base individual por motivos altruístas", mas ameaça com até três anos de prisão qualquer pessoa que ofereça suicídio a alguém "em termos comerciais". [...] As quatro propostas debatidas no Parlamento iam desde permitir plenamente a prática, desde que não seja lucrativa a uma proibição quase completa. A versão do meio-termo que passou foi proposta por um grupo de legisladores de todos os partidos no parlamento, variando dos Democratas Cristãos de Merkel ao Partido de Esquerda de oposição). GERMAN lawmakers debate assisted suicide regulation. The Big Story, 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://bigstory.ap.org/article/5131235822b3421fa921be74e23a970c/german-lawmakers-debate-assisted-suicide-regulation>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

²⁵⁹ Andorno esclarece que a prática do suicídio assistido na Suíça se desenvolveu por organizações de defesa do direito de morrer, aproveitando lacuna do Código Penal suíço. Leciona o autor: "O art. 115 dispõe que "indução e assistência para cometer suicídio" garantem que "toda pessoa que por motivos egoístas incite ou assista alguém a cometer suicídio, deve ser punida com reclusão de até cinco anos e multa". Importante são as palavras "por motivos egoístas", porque elas podem ser interpretadas de modo contrário (como de fato tem ocorrido), ou seja, como permissão ao suicídio assistido quando não houver motivação por interesse pessoal. Como as organizações não governamentais não têm em princípio

A ONG Dignitás, fundada ainda no ano de 1998, ajuda pacientes terminais a morrer, auxiliados por uma equipe médica qualificada. Indica como seus valores: o respeito pela liberdade e autonomia; a humanidade, que visa prevenir ou aliviar o sofrimento quando possível; a solidariedade com os mais fracos; e a defesa do pluralismo como garantia para o desenvolvimento contínuo da sociedade, confirmando o princípio da democracia, em conjunto com a garantia do desenvolvimento dos direitos fundamentais²⁶⁰. De acordo com as informações divulgadas, a entidade atua dentro das regras suíças e atende cidadãos locais e estrangeiros, defendendo o direito à morte com dignidade. Age no aconselhamento, instrução para realização de diretivas antecipadas e, em casos de doenças terminais e grande sofrimento, acompanha o suicídio.

Outras associações com os mesmos fins já existem na Suíça, como é o caso da EXIT que, no entanto, apenas atende aos cidadãos suíços e estrangeiros que lá residam²⁶¹.

Saliente-se que na Suíça a prática do suicídio assistido é prestada por voluntários vinculados a essas organizações não governamentais. Isso porque os médicos relutam em se envolver diretamente nessa prática, considerando que não faz parte de sua atividade médica prestar auxílio ao suicídio, e que envolver-se nessa prática pode causar confusão sobre a real finalidade de sua atuação²⁶². Para a obtenção dos medicamentos letais, contudo, há necessidade de prescrição por parte de um médico, em geral de profissionais próximos a essas organizações²⁶³.

nenhuma motivação egoísta ao auxiliar alguém a cometer suicídio, suas atividades não são consideradas ilegais. Claro que o art. 115 do Código Penal não foi originalmente concebido com o propósito de legalizar o suicídio assistido, e nem mesmo de autorizar as atividades de organizações que tenham esse objetivo. Os legisladores suíços tinham em mente o caso isolado de pessoa que auxilia outra a cometer suicídio, a fim de eximi-la de punição de reclusão, quando o ato individual não resultasse de seu interesse pessoal na morte daquela (haveria motivação egoísta, por exemplo, se a pessoa que ajudasse fosse herdeira daquele que busca morrer)". ANDORNO, Roberto. Suicídio assistido na Suíça. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 340.

²⁶⁰ Cfr. DIGNITAS. Disponível em: <<http://www.dignitas.ch/index.php?lang=en>>. Acesso em: 11 ago. 2015

²⁶¹ Cfr. EXIT. Disponível em: <<https://www.exit.ch/en/>>. Acesso em 11 ago. 2015.

²⁶² Cfr. ANDORNO, Roberto. Suicídio..., p. 341.

²⁶³ Relata Andorno: "Como mencionado acima, médicos não estão diretamente envolvidos com a prática do suicídio assistido. Isto, contudo, não significa que eles não desempenhem nenhum papel: qualquer um que busque cometer suicídio precisa ser examinado por um médico, que é o único que, de acordo com a lei suíça de produtos farmacêuticos, pode prescrever o uso de droga letal para esse fim (pentobarbital sódico). Essa droga é um narcótico, mas quando administrada em altas doses (15gramas) tem efeito legal. Se o médico se recusar a prescrevê-la a seu paciente, a associação pode indicar o paciente a um médico colaborador, que irá avaliar a capacidade do paciente, prescrevendo eventualmente a droga. Na prática, os médicos que geralmente prescrevem a droga letal estão trabalhando de forma próxima às organizações". ANDORNO, Roberto. Suicídio..., p. 343.

Surge, aqui, outro debate sobre a intervenção médica nessas práticas. Cabe referir que nos países em que a legislação autoriza como a Bélgica e Holanda, de que se falou, há sempre previsão do envolvimento de um médico, conforme dispõe a legislação.

Essas organizações ganharam certa notoriedade em termos internacionais, pela defesa do direito à morte digna, mas não são isentas de críticas. Adorno relata que na Suíça muito se discute sobre os fins realmente altruístas dessas ONGs, por vezes acusadas de praticarem «negócios com a morte», o que levaria a atendimentos rápidos sem permitir as pessoas repensarem suas decisões²⁶⁴.

Disso resulta, pois, que na Suíça, considerando que a prática do suicídio assistido que se firmou em razão do entendimento sobre as disposições legais, e a criação das organizações que passaram a trabalhar para esse fim, possui uma situação peculiar, tanto por não exigir a assistência médica quanto por não estabelecer requisitos para possibilitar essa prática, permitindo o suicídio assistido mesmo para pessoas que não estejam em doença terminal, mas que apenas «cansaram de viver»²⁶⁵.

A diferença de tratamento gera a circulação de pessoas de um lugar para o outro com vistas a realizar seu intento. Cria-se, com isso, um turismo para esse fim²⁶⁶. No caso

²⁶⁴ Diz o autor: “Na Suíça regularmente surgem, na mídia, escândalos sobre os aspectos financeiros dessas organizações, em particular a “Dignitas”. Frequentemente ex-voluntários dessa organização denunciam que ela não é necessariamente beneficente, mas que nela se praticam negócios com a morte; e que isto explica o porquê de não se dar aos pacientes tempo razoável para que eles reconsiderem seu desejo de morrer etc. Há caso de relatos que indicam que pessoas vindas da Alemanha ou do Reino Unido, por exemplo, receberam a droga letal no mesmo dia em que chegaram à Suíça, depois de uma breve entrevista. Além disso, a “Dignitas” é acusada, regularmente, por autoridades de não ser transparente o suficiente no que diz respeito às suas práticas financeiras. Ela também é suspeita de receber legados de pessoas que buscam cometer suicídio. Esta prática, se confirmada, colocaria em dúvida a natureza “altruísta” da assistência. ANDORNO, Roberto. Suicídio..., p. 343.

²⁶⁵ Relata Andorno: “Outro ponto conflituoso é se indivíduos saudáveis também podem cometer suicídio assistido. Como mencionado acima, o Código Penal não exclui essa possibilidade expressamente. Este debate foi reavivado em julho de 2009, quando o ex-maestro da Orquestra Filarmônica da BBC, Sir. Edward Downes, escolheu morrer ao lado da sua mulher na clínica “Dignitas” em Zurique. Sua mulher estava sofrendo de câncer terminal, mas ele não. Ele contava 85 anos, e era quase cego, mas não era realmente um doente terminal. Esta não foi a primeira vez que a “Dignitas” assistiu suicídios duplos, em que uma pessoa não era doente terminal”. ANDORNO, Roberto. Suicídio..., p. 344.

²⁶⁶ No ano de 2014 foi publicado no Jornal português Público, informação sobre esse turismo para realizar o suicídio assistido, realizado na Suíça, considerando que a Organização Dignitas recebe estrangeiros. A reportagem assim descreve: **“Duplicaram os estrangeiros que foram à Suíça para morrer, três eram portugueses.** Entre 2008 e 2012 mais de 600 estrangeiros foram à Suíça para pôr fim à vida. Mulheres em maioria. As doenças neurológicas são as mais presentes. Em Portugal, o caso mais falado foi o de uma mulher de 67 anos, com um cancro em fase terminal. Foi a primeira portuguesa que recorreu a uma organização onde é possível pagar para ter acesso a um suicídio assistido, na Suíça. Um artigo publicado nesta semana no *Journal of Medical Ethics* revela que entre 2008 e 2012, 611 pessoas, de 31 países do mundo, entre os quais três portugueses, aterraram em Zurique com o objectivo de pôr termo à vida. De 2009 para 2012 o número duplicou. A maioria são mulheres. Quatro investigadores, entre os quais dois do Instituto de Medicina Legal da Universidade de Zurique – que dizem que são chamados “quase todos os dias para examinar casos de turismo de suicídio” –, escreveram um artigo chamado, precisamente,

da americana Britaney, já citado, a mudança de seu Estado de origem para o de Oregon deu-se exatamente porque este liberou o suicídio assistido, por ela desejado. Igualmente, estima-se que a organização suíça Dignitas, que atende também a estrangeiros, tenha entre seus membros, como denominam aqueles que almejam por fim a sua vida, muitos vindos da Alemanha, França e Reino Unido²⁶⁷.

Adams e Nys relatam caso ocorrido na Holanda, relativo ao suicídio assistido de uma pessoa com idade avançada e consequentes deficiências, mas que não se encontrava doente, fugindo assim a exigência legal de que a eutanásia ou o suicídio assistido teriam vez nos casos de doenças ou condições medicamente classificáveis. *“A Suprema Corte holandesa entendeu que, como o sofrimento de seu paciente foi predominantemente baseado em outras circunstâncias além de uma doença “cl clinicamente classificada”, o médico havia excedido o âmbito da aplicação da lei de Eutanásia holandesa”*²⁶⁸.

Verifica-se com isso que um regramento claro permite maior segurança de que a prática será limitada às situações estabelecidas, e assim, tem-se potencialmente menor risco de má utilização desses procedimentos.

Mesmo diante de todos os argumentos contrários, Dworkin alerta que a possibilidade de não se autorizar a eutanásia, no que podemos também incluir o suicídio assistido, pode ser mais danosa para a pessoa do que os riscos de permitir²⁶⁹.

Isso porque o prolongamento da fase terminal da existência humana pode ser degradante e sofrido. Pessoas com doenças que estejam no seu estado final tendem a encontrarem-se incapacitadas para atividades, ainda que pequenas, e o final de vida passa a ser um suplício e não mais uma benesse. Não raro, em estado de inconsciência é possível que a pessoa não mais sinta dores, contudo, a sua interatividade com o mundo exterior também inexistente, de forma que a vida que se prolonga não é mais uma vida de consciência e interação com os outros e com o mundo.

Muitos são os argumentos contra e a favor a antecipação do momento da morte e os riscos de que se mostrem desmedidos realmente existem. As novas circunstâncias da

Turismo do suicídio: estudo piloto sobre o fenómeno suíço. SANCHES, Andreia. Duplicaram os estrangeiros que foram à Suíça para morrer, três eram portugueses. **Público**, 23 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/duplicaram-os-estrangeiros-que-foram-a-suica-para-morrer-tres-eram-portugueses-1667317>>. Acesso em: 11 ago.2015.

²⁶⁷ Cfr. ANDORNO, Roberto. Suicídio..., p. 342.

²⁶⁸ Cfr. ADAMS, Maurice; NYS, Herman. Legislando..., p. 319.

²⁶⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald. **Domínio**..., p. 306.

evolução médico científica, e o prolongamento excessivo da vida, por vezes sem nenhuma qualidade, é sem dúvida um dos motivadores dos novos debates a respeito dessas questões.

A antecipação, contudo, ainda que tenha a motivação de sua autorização baseada na autonomia e beneficência do próprio paciente, não é tema que adquira consenso ético, como se pode ver dos vários debates que suscita.

O prolongamento desmedido, que se analisará na sequência, é que fez com que se buscasse encontrar o equilíbrio nas decisões de fim de vida, de forma que, mesmo que não se concorde ou aceite a antecipação do momento da morte, também se possa evitar o prolongamento de um processo sofrido e sem volta.

2.3.2 O prolongamento da vida – distanásia - obstinação terapêutica - manutenção da vida por aparelhos

Em um primeiro momento, falar em prolongamento da vida é tema que não suscita dilemas éticos, pois se estaria lutando em prol do direito reconhecido e acolhido como fundamental do ser humano.

O prolongamento da vida apenas passou a gerar questionamento no momento em que se verifica uma obstinação pela manutenção do funcionamento do corpo humano, mesmo que sem possibilidade de exercício de sua plena capacidade física e mental, e até mesmo impingindo sofrimento para permitir essa manutenção.

O uso desmedido de tratamentos e medicamentos hoje disponíveis não raro acaba por tornar o fim da existência da pessoa um período de luta e dor, em grande parte sem resultado.

Mesmo com todo o avanço da medicina, a doença ainda se instala e é a vencedora. Constatada a fase terminal de uma doença, a manutenção de tratamentos, por vezes com muitos efeitos colaterais, que fazem com que a pessoa passe pelos últimos meses de sua vida sem poder usufruir o mínimo possível desse prolongamento, é mais desumano do que saber a hora em que se deve parar.

Isso não significa abandonar o paciente, mas sim que o enfoque do tratamento deve passar a ser no controle da dor, permitindo-se as atividades que ainda se fizerem possível.

Tem-se denominado essa obstinação a manutenção da vida, a qualquer custo, de «distanásia», termo criado em oposição à eutanásia. Assim, enquanto nesta a ideia é de morte boa, naquela se estaria falando de uma morte lenta e com sofrimento.

A distanásia se verifica quando já não há possibilidade de cura de forma que os tratamentos propostos não apresentam nenhum valor terapêutico. Desta forma, o que ocorre é um pseudo prolongamento da vida e, verdadeiramente, um prolongamento do processo de morte.

Trata-se de tratamentos ditos fúteis, quais sejam, os que não agregam benefício ao paciente. A futilidade ou não de um tratamento deve ser avaliada em cada caso e não é demais repetir que tratamentos de cuidado com os pacientes não são considerados fúteis. A futilidade estaria configurada quando “*não tem boa probabilidade de ter valor terapêutico, isto é, quando agrega riscos crescentes sem um benefício associado*”²⁷⁰.

Não raro a ideia de manter a vida a qualquer custo retira do paciente a possibilidade de ter um fim de vida que lhe seja produtor, junto das pessoas que lhe são próximas, em paz e com dignidade.

A dificuldade com que a sociedade contemporânea encara a morte faz com que procure todas as formas de manter a vida, assim entendido a existência do corpo, repudiando a ideia de fim. Isso levou a uma crescente medicalização desse processo que ocorre, como já referido no item 2.1, quase sempre em hospitais e ligados a uma série de tubos, sem a possibilidade de interagir com seus familiares e amigos.

A negação da morte acaba por impor às pessoas o adiamento de uma conversa séria e honesta e retira a possibilidade de uma despedida, a qual não terá mais tempo para ocorrer. É comum se constatar que a negação parte, não raro, do ouvinte e não do locutor. Muitas vezes são os próprios familiares e pessoas próximas que se negam a uma despedida com dignidade, fazendo apenas referências ao paciente de que tudo se resolverá, mesmo quando esse paciente já está ciente da terminalidade da situação.

A reflexão sobre situações concretas se impõe como a situação de doentes terminais ou aqueles em estado vegetativo persistente, voltado para “*não um depressivo ruminar de sua inevitabilidade, mas antes para que possa vir a acontecer, como natural e vital acontecimento próprio, em paz e dignidade*”²⁷¹.

²⁷⁰ Cfr. GOLDIM, José Roberto. **Futilidade**. Disponível em:

<<http://www.bioetica.ufrgs.br/futilidade.htm>>. Acesso em: 10 maio. 2011.

²⁷¹ Cfr. NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética...**, p. 193.

Essa mudança constatada e o exagero das situações em que o prolongamento passa a ser uma obstinação levou a classe médica a pensar no assunto e, com uma visão ética, repudiar os tratamentos fúteis a que se referiu. Essa discussão que teve início no meio médico-científico, primeiro a constatar o prolongamento desse processo de morte, chega também à sociedade, que depois de passar por esse afastamento da pessoa em fim de vida, começa a condenar a obstinação terapêutica.

O médico intensivista Saul²⁷² questiona o modelo moderno de fim de vida: lento, entubado e no hospital. Propõe o movimento do que chama “morte natural”, relembrando movimento dos anos 80 pelo “parto natural”. Chama a atenção para o fato de que o mesmo processo de medicalização e hospitalização que ocorreu com o processo de início da vida, ocorre hoje com o processo de fim da vida.

É fácil entender o motivo pelo qual se busca esse prolongamento. O medo da morte leva ao apego a existência corpórea, sinônimo de vida.

Na voz popular é comum se ouvir que enquanto há vida, há esperança, de forma que a manutenção do corpo com sinais vitais, mesmo que sem consciência, mantém nas pessoas próximas a esperança de recuperação, de que se vá encontrar a cura para a doença, esta reforçada pela incrível evolução científica.

Assim, do lado do paciente e de seus familiares, é mais fácil agarrar-se a possibilidade de manutenção do que encarar que o período final do ciclo da vida está se apresentando. Daí porque a solicitação que se apresenta, na grande maioria das vezes, é de que se tente toda e qualquer possibilidade de tratamento, ainda que remota e não abalizada.

Na área da saúde é preciso lembrar que os médicos foram preparados para vencer a doença e trazer a cura. Nada mais natural que, mesmo diante de uma ínfima possibilidade de resultado, empreendam esforços para manter o corpo da pessoa em funcionamento. Embora tenham que conviver de forma próxima com situações de fim de vida, também para eles assumir a finitude e ter que comunicar más notícias aos pacientes é tarefa árdua.

Moller analisa as motivações profissionais que conduzem ao prolongamento desse processo final da vida, identificando a vinculação com o paciente e sua família, a

²⁷² Cfr. SAUL, Peter. **Let's talk about dying**. Disponível em: <<http://itunes.com/apps/tedconferences/ted>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

manutenção do ideal de evitar a morte a qualquer custo e mesmo pressões de grupos políticos ou religiosos no sentido de não abreviar a vida²⁷³.

Os grupos sociais que se formam em prol do direito à vida tendem a sustentar a sacralidade da vida, assim compreendida como um dom ou benefício concedido, do qual a própria pessoa ou qualquer outro não tem o direito de abrir mão. Em regra, qualquer forma ou expectativa de vida humana deveria ser protegida, opondo -se veementemente a antecipação do momento final.

Disso tudo se conclui que a cada tratamento, procedimento médico ou medicamento novo que esta à disposição, a tendência é a da sua utilização, com a manutenção da vida, mesmo que não implique em qualquer expectativa de cura ou melhora do paciente.

Contudo, é exatamente por força desse empreendimento que a vida se mantém, quando em circunstâncias normais, o final da existência humana já teria chegado.

Não é demais repetir que a utilização das novas tecnologias médicas permitiu a recuperação e a cura de muitas doenças²⁷⁴. Contudo, a utilização dessas novas terapias em doenças crônico-degenerativas incuráveis, além de não trazer nenhum benefício ao paciente, também não o consideram no seu aspecto global, desconsiderando reais necessidades para o período de fim de vida. O estudo Suport, realizado no final do século XX com base em informações de pacientes idosos gravemente enfermos, concluiu que *“55% deles esteve consciente nos três dias que antecederam a morte; 40% sofreram dores insuportáveis; 80% fadiga extrema e 63% extrema dificuldade de tolerar o sofrimento físico e emocional que experimentaram”*²⁷⁵.

As novas tecnologias acabam por concentrar na questão da doença, esquecendo o paciente, seus desejos e vontades, crenças e valores que deveriam predominar nesse

²⁷³ Cfr. MOLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

²⁷⁴ Siqueira e outros apontam: “Seria ocioso comentar os benefícios obtidos com os novos métodos de diagnóstico e terapêuticas. Numerosas são as vidas salvas em situações críticas como, por exemplo, nos casos de pacientes recuperados após infarto agudo do miocárdio e/ou enfermidades com graves distúrbios hemodinâmicos que são plenamente recuperados mediante engenhosos procedimentos terapêuticos. Ocorre que nossas UTI passaram a receber, simultaneamente, pacientes com doenças crônico-degenerativas incuráveis em fase terminal de vida, com intercorrências clínicas as mais diversas e que são submetidos aos mesmos procedimentos oferecidos aos agudamente enfermos. Se para os últimos, com frequência, alcança-se recuperação clínica satisfatória, para os casos crônicos pouco se oferece ao doente além de um sobreviver precário”. SIQUEIRA, José Eduardo de; PESINI, Leo; SIQUEIRA, Carlos Eduardo de. Olhar bioético sobre a terminalidade da vida e os cuidados paliativos. In: PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; SCHLEMPER JR., Bruno (Org.). **Bioética, saúde, pesquisa e educação**. v. 1. Brasília: CFM/SBB, 2014. p. 250.

²⁷⁵ Cfr. SIQUEIRA, José Eduardo de; PESINI, Leo; SIQUEIRA, Carlos Eduardo de. Olhar..., p. 251.

momento. Os médicos, orientados e ensinados para a busca da cura e já dependentes das novas tecnologias, apresentam dificuldade de tratar de assuntos que dizem com a existência humana, como é o caso da morte. Como refere Siqueira e outros *“ao se subestimar valores biográficos do ser humano enfermo e o percebê-lo unicamente como um conjunto de variáveis biológicas, induz-se jovens estudantes de medicina a transformarem-se em meros cuidadores de doenças”*²⁷⁶.

Pegue-se o caso extremo de estados vegetativos persistentes, nos quais o corpo é mantido em funcionamento mediante a utilização de máquinas, mesmo que a necessidade seja apenas de alimentação e hidratação. Tem-se, pois, a manutenção artificial do corpo, sem outras manifestações de vida, como a comunicação e o raciocínio. A situação apenas se apresenta possível nos dias atuais em razão da evolução científica, que se apresentou no século passado. Isso demonstra, em tempos históricos, como é recente o embate com temas dessa natureza.

Somente com a vivência dessas novas circunstâncias passou-se a debater qual o limite desse empreendimento terapêutico. Os debates então se direcionam para saber o quanto avançar nesses procedimentos de suporte vital e qual o momento de interrompê-los²⁷⁷.

Estabelecer o ponto de equilíbrio, qual seja identificar quando a luta pela vida passou a ser uma obstinação terapêutica irracional, é tarefa difícil. As situações não se apresentam de forma linear. A utilização de um mesmo tratamento, dependendo das circunstâncias em que se encontra o paciente, pode ser mais tranquila ou se apresentar como uma busca desmedida de não se perder esse paciente.

Essa nova visão identifica na conduta de obstinação terapêutica, por alguns chamados de encarniçamento terapêutico, uma conduta antiética, pois reconhece que toda a pessoa tem direito a uma vida com dignidade, o que implica também no direito a um fim de vida digno.

²⁷⁶ Referem os autores: “O extraordinário avanço da tecnologia biomédica aliada ao uso acrítico de métodos de semiologia armada descaracterizou a medicina como arte, levando o profissional a distanciar-se das dimensões psicossociais das pessoas enfermas. Heidegger definiu a tecnociência como “veículo que conduz a vida à pura instrumentalidade inviabilizando o projeto de existência humana autêntica”. Conforme Dominique Bourg, Jacques Ellul, assim como Heidegger, reconheceu a civilização da técnica como instrumento de anulação da liberdade humana e identificou “uma perversão do homem pela tecnologia”, já que o desviou de seus objetivos essencialmente humanos. O impressionante crescimento da tecnologia em medicina foi sendo assimilado de maneira insatisfatória na prática profissional”. “[...] Efetivamente, como previra Andres Hellegers no início da última década de 70, nossos problemas em medicina no alvorecer do século XXI são mais éticos do que técnicos”. SIQUEIRA, José Eduardo de; PESINI, Leo; SIQUEIRA, Carlos Eduardo de. Olhar..., pp.246-247.

²⁷⁷ Cfr. SIQUEIRA, José Eduardo de; PESINI, Leo; SIQUEIRA, Carlos Eduardo de. Olhar..., p. 250.

Esse debate, que se iniciou no próprio meio médico e hoje chega a toda sociedade, é direcionado pelo reconhecimento da autonomia do paciente, argumento com forte liame na dignidade da pessoa. Esta somente se apresenta se a vida em todo o seu ciclo for direcionada para o desenvolvimento da personalidade, o exercício das virtudes eleitas e a sua possibilidade de autodeterminação.

2.3.3 A morte ao seu tempo – ortotanásia

Visando identificar a morte ao seu tempo, contrapondo-se a conceitos de antecipação ou prolongamento da vida, utiliza-se o termo «ortotanásia». Também de origem grega, no qual o termo «orto» significa «correto», é utilizado para identificar a morte correta, qual seja aquela que acontece naturalmente.

Sob o argumento de manutenção da qualidade de vida do paciente, mesmo em situações de terminalidade, a ortotanásia é considerada como um conceito eticamente aceitável, que considera a autonomia do paciente, permitindo que o período de fim de vida seja reapropriado por este.

Da mesma forma que se busca assegurar a vida digna a toda pessoa, também no momento final se reivindica tratamento com dignidade, reconhecendo o direito à liberdade de escolha, de forma que o paciente poderia optar em se submeter ou não a um novo tratamento, assim como interrompê-lo, mediante avaliação própria das consequências e riscos envolvidos, de forma a não prolongar seu sofrimento.

O trâmite do reconhecimento da Ortotanásia pelo Conselho Federal de Medicina no Brasil é um bom exemplo das dificuldades que o tema apresenta.

A questão relativa à ortotanásia foi tratada pelo Conselho Federal de Medicina – CFM – que aprovou em 2006 a Resolução nº 1.805/2006. Inúmeras discussões e divergências surgiram sobre sua aplicabilidade, no campo da legalidade da sua prática²⁷⁸. Foi objeto de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, na

²⁷⁸ Referia o artigo 1º da resolução: Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM Nº 1.805/2006** (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169). Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

qual foi concedida liminar para suspender sua eficácia. Diante da decisão judicial, o CFM entendeu de afastar a Resolução, perdendo a ação o seu objeto, muito embora o mesmo julgador, ao final, tenha julgado improcedente a ação, revogando a liminar²⁷⁹.

A polêmica instaurada, possivelmente, decorre da não compreensão por parte da sociedade que via aqui uma carta branca aos médicos para abreviar a vida dos pacientes. Cabette chama a atenção de que as disposições regulamentares em questão não eram bastante claras na sua formulação, gerando ambiguidades e insegurança²⁸⁰.

Veio então editado o Novo Código de Ética Médica em 17 de setembro de 2009 - Resolução CFM Nº 1.931 - que em seu art. 41 veda ao médico a utilização de meios para abreviar a morte do paciente. Mas no parágrafo único estabelece como ética a prática da ortotanásia, dessa vez, delimitado seu âmbito de aplicação, de forma a não gerar ambiguidades²⁸¹.

Os argumentos contrários à prática da ortotanásia amparam-se na obrigação do médico de lutar pela vida do paciente, entendendo que refutar ou suspender um tratamento estaria indo contra esse dever. Ainda, referem que se trata de uma eutanásia passiva, ou por omissão, na medida em que a decisão implica em não iniciar ou suspender uma medida vital com o intuito de se deixar morrer. Por fim, é salientada a finalidade econômica por trás da medida, em razão dos altos custos envolvidos na manutenção dos pacientes, motivação que não pode conduzir uma decisão sobre a vida da pessoa.

Os argumentos merecem atenção. A linha divisória entre a prática da ortotanásia, acolhida como ética, e a prática da eutanásia, mais combatida pelas várias razões já expostas, nem sempre é exatamente clara.

A utilização de um termo diverso veio, possivelmente, na tentativa de se contrapor ao termo «eutanásia», que ao longo do tempo e por razões históricas adquiriu

²⁷⁹ Sentença disponível em: <www.s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596>. Acesso em 22 nov. 2015.

²⁸⁰ O autor explicita sua preocupação com a vagueza tanto das normas regulamentadoras como legais sobre o tema: “Isso é bastante preocupante, principalmente tendo em conta a diversidade de modalidades e classificações de eutanásia e a recorrente confusão conceitual entre ortotanásia e eutanásia passiva, mesmo entre os juristas”. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009. p. 110.

²⁸¹ “É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009...**

uma conotação depreciativa e indevida, como já analisado. Como se vê, também na esfera da ortotanásia não se está imune às críticas e receios, mas encontra-se em uma esfera de maior aceitabilidade.

Assim, ainda que essa variação de terminologia possa ser desnecessária, sob o argumento de que se estaria na verdade apenas utilizando um conceito antigo de eutanásia, tem sua importância na medida em que consegue angariar maior simpatia e possibilidade de aplicação.

Ademais, em uma oposição clara contra a obstinação terapêutica, e não propondo abreviar a vida, mas sim deixar a morte chegar, apropriando-se da morte natural, processo inevitável, apresenta vantagens inegáveis na cultura atual, compatibilizando tanto defensores do direito à vida como defensores do direito de autodeterminação do paciente: aqueles porque não se trataria de abreviar a vida, mas deixar seguir seu curso; esses porque a autonomia pessoal estaria em exercício quando da recusa ou suspensão de um tratamento.

Embora em muitos casos seja sutil a diferença entre os conceitos, a intenção terá papel dominante para estabelecer essa diferença. Na eutanásia passiva, ainda que o fim último seja aliviar o sofrimento, a omissão visa causar a morte do paciente, enquanto que, na ortotanásia, a omissão, quer por recusa ou suspensão de um determinado tratamento, não é o que causará a morte, mas apenas não prolongará esse período de fim de vida, deixando que a morte ocorra no seu tempo certo.

O conceito de ortotanásia surge, pois, em contraposição à prática da distanásia. A obsessão em manter a vida biológica a qualquer custo acabou por gerar uma prática médica de prolongamento irracional do processo de morte. As UTIs permitem aos profissionais da área da saúde a utilização de tratamentos que mantêm vivo o organismo biológico seriamente enfermo, desta forma adiando o momento da morte até limites que antes sequer eram imaginados²⁸².

É, pois, de fatos concretos que se passou a perquirir a necessidade de maiores cautelas na tomada de decisão, de forma a avaliar com clareza riscos e benefícios a cada nova etapa do tratamento, com vistas a reconhecer, tanto pelo médico como pelo paciente quando é hora de parar, pois o prosseguimento do tratamento causará mais dor e sofrimento.

²⁸² Cfr. SIQUEIRA, José Eduardo de; PESINI, Leo; SIQUEIRA, Carlos Eduardo de. Olhar..., pp. 249-250.

Essa decisão exige entrosamento entre o médico, o paciente e seus familiares. A autonomia do paciente é relevante e mesmo preponderante, pois é o primeiro que deve expor até onde está disposto a lutar pela sua vida. Contudo, não pode ser uma decisão dissociada das orientações médicas, que é a mais adequada a indicar os efeitos do tratamento proposto.

Essa prática, pois, visa evitar o prolongamento do processo de final de vida para pacientes terminais, e mantém a responsabilidade médica nos cuidados que se fizerem necessários, de forma que a decisão, quando adequadamente tomada em conjunto com o paciente e seus familiares, não se enquadrará como negligência médica.

Reitere-se que mesmo quando o profissional da saúde nada mais tem a fazer que possa levar à cura, ele é responsável pelos cuidados do paciente, pois sua obrigação é também a de evitar dor e sofrimento.

Segundo conceitos médicos, a terminalidade do paciente é determinada pelo diagnóstico de doença incurável, nos quais se prevê que a morte sobrevenha dentro de um prazo de seis meses. Embora se esteja falando de matéria que não apresenta grau de certeza absoluto, a evolução nessa área do conhecimento tem permitido diagnósticos cada vez mais precisos. Esse período foi estabelecido pelos peritos do Hastings Center e tem nítido valor indicativo²⁸³.

A terminalidade, pois, se apresenta quando já não haja possibilidade de cura, de forma que os tratamentos que podem ser feitos nada acrescentam de benefício. Ou seja, sabe-se que a pessoa vai morrer em um curto período de tempo, independente do que seja feito, de forma que, em dado momento é necessário reconhecer que não há mais nada a ser feito em termos curativos, passando-se ao que se denomina de tratamento paliativo, para minimizar dores e propiciar o conforto do paciente²⁸⁴.

A decisão pela recusa ou interrupção de um tratamento com fins curativos, pois, não implica em abandono do paciente pelo seu médico. Ao contrário, é talvez o momento

²⁸³ Cfr. SERRÃO, Daniel. Os cuidados paliativos. In: BRITO, José Henrique Silveira de (Coord.). **Do início ao fim da vida**: atas das primeiras jornadas de bioética. Publicação da Faculdade de Filosofia. Funchal, 2005. p. 174.

²⁸⁴ Refere Serrão: “O essencial é que o médico, de preferência em consulta de grupo, tendo em conta a história completa da doença e da sua evolução com os tratamentos instituídos, bem como os resultados obtidos, sucessivamente, usando indicadores globais como o índice de Karnovsky, e a sua experiência profissional, possa concluir, com suporte científico bastante, que se trata de uma pessoa com uma doença incurável e um prognóstico fatal a curto prazo. Sem a possibilidade voluntarista de que enquanto há vida há esperança [...]” SERRÃO, Daniel. Os cuidados..., p. 174.

em que o paciente necessita de maior atenção, ainda que com outro enfoque, não mais o de cura, mas o de minimização da dor.

2.4 Procedimentos terapêuticos para amenizar dor e sofrimento – cuidados paliativos

Com a compreensão de que em muitos casos o que se está prolongando é o processo da morte e não a vida, altera-se o enfoque da obrigação médica de utilizar todos os meios disponíveis para a cura física do paciente para que se atenda antes o seu bem-estar global. Reconhece-se que a vida humana compreende, além da dimensão biológica, também dimensões psíquicas, espirituais e sociais. Entra-se, pois, em um novo campo: o da medicina paliativa.

A Organização Mundial da Saúde define os cuidados paliativos como uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias que enfrentam doenças crônicas ou terminais, por meio da prevenção e alívio do sofrimento com a identificação precoce, avaliação impecável e tratamento da dor e outros problemas físicos, psicossociais e espirituais²⁸⁵.

A medicina paliativa preocupa-se com um final de vida digno do paciente terminal, sem deixar de considerar a sua autonomia, e afasta o prolongamento da vida de forma desmedida, motivo pelo qual ganha relevância nos dias atuais²⁸⁶.

²⁸⁵ Nesse sentido: "Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual". (Livre tradução: "Cuidado paliativo é uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias enfrentando o problema de doença com risco de vida, pela prevenção e alívio do sofrimento por meio da identificação precoce e avaliação impecável e do tratamento da dor e de outros problemas, físico, psicossocial e espiritual"). WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO definition of Palliative Care**. Disponível em: <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em 01 set. 2015.

²⁸⁶ Sobre os cuidados paliativos refere Michel Castra: "Les soins palliatifs peuvent être définis comme regroupant les tâches anciennes de soins aux mourants et l'emploi de thérapeutiques récentes de lutte contre les douleurs de fin de vie, tout en s'efforçant d'apaiser les souffrances psychologiques et morales de ces patients. Cette discipline tente d'apporter une réponse symptomatique aux malades en phases avancée et terminale des maladies chroniques. Elle constitue ainsi une nouvelle forme d'intervention spécialisée de la médecine pour les derniers moments de la vie".(Livre tradução: "Os cuidados paliativos podem ser definidos compreendendo as antigas atribuições de cuidar dos moribundos e o emprego das recentes terapias de luta contra a dor em situações de fim de vida, tudo na tentativa de apaziguar o sofrimento psicológico e moral desses pacientes. Esta disciplina tenta fornecer resposta sintomática as doenças em fase avançada e terminal e as doenças crônicas. Constitui, portanto, uma nova forma de intervenção especializada da medicina para os últimos momentos da vida").

Ao tratar da medicina paliativa, Moller preleciona que é necessário cuidado com o que chama de «vida interior» do paciente e o respeito a sua autonomia²⁸⁷.

No momento final da vida é importante ter presente a circunstância específica e buscar a melhor solução, na conjunção da opinião médica e da vontade do paciente ou de seus representantes legais. Os cuidados paliativos ganham especial significado na atualidade, quando reconhecida à inevitabilidade da morte, visando propiciar ao paciente um fim com absoluta dignidade, estabelecendo um diálogo, valorizando a autonomia e buscando consensos que favoreçam o fim de vida do paciente.

Baseiam-se na filosofia de atenção e de amparo ao paciente “*quando diagnóstico e prognóstico indicam que os esforços de cura serão pouco frutíferos e que haverá sofrimento no processo de morte*”²⁸⁸. Aceita que a pessoa necessita de cuidados especiais, para fins de evitar a dor, contudo, sem empreender esforços demasiados e inúteis com vista ao prolongamento desmedido da vida.

O manejo da dor é de suma importância e tem se tornado um dos fatores de maior preocupação, em especial na sociedade contemporânea atual em que a tolerância à dor está cada vez menor. Genival França reconhece que “*ninguém pode negar que o limiar de tolerância da dor venha sofrendo profundas alterações e que a medicina moderna torna-se mais e mais cúmplice de uma assustadora dependência farmacológica e de uma industrialização pela empresa farmacêutica*”²⁸⁹.

Em caso de pacientes terminais, esse tratamento ganha especial significado. A dor crônica apresenta-se como um fator desencadeador de sofrimento, ainda que possa não ser o único, e determina a ausência de qualidade de vida desses pacientes.

O manejo correto do tratamento, admitindo que por vezes decorra nem só de fatores biológicos como também de fatores psicológicos, pode melhorar significativamente a vida do paciente. A Associação Médica Mundial apresenta

CASTRA, Michel. Soins Palliatifs: une redéfinition des rapports entre médecine et fin de vie. In: HIRSCH, Emmanuel (Ed.). **Face aux Fins de Vie et à la Mort**: éthique, société, pratiques professionnelles. 3. ed. Paris: Vuibert, 2009. p. 176.

²⁸⁷ Cfr. MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito...**, p. 63-64.

²⁸⁸ Cfr. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final de vida. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, pp. 58-59. 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

²⁸⁹ Cfr. FRANÇA, Genival Veloso. **A alienação da dor**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/dorgen.htm>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

resolução para o acesso ao tratamento adequado da dor, demonstrando a importância com a qual deve ser encarado o uso de analgésicos, em especial nesses casos²⁹⁰.

A crescente hospitalização do processo de morte tem retirado dos pacientes a possibilidade de convívio com os familiares nos seus últimos momentos de vida. A negação, muito comum nesse momento, tanto pelo paciente e seus familiares, como pelo médico, leva a pessoa a perder um tempo do que poderia ter sido uma despedida importante, tanto para o paciente como para os seus afetos que ficam.

A prática da medicina paliativa permite esse acompanhamento inclusive psicológico, com possibilidade de atendimento domiciliar. Serrão defende que sempre que possível essa medicina de acompanhamento deve ser domiciliar, embora sem exigências demasiadas das pessoas que cercam o familiar²⁹¹.

Naturalmente que em muitas situações o cuidado deve ocorrer em espaço próprio para esse fim, mas ainda aqui o ideal seria um espaço preparado, diverso do ambiente e atendimento hospitalar padrão.

Embora já se comece a delinear a importância desse cuidado ainda há muito que precisa ser adaptado para esse tipo de atendimento. Os hospitais, ambientes preparados para o atendimento da doença e a busca pela cura, em regra não apresentam locais propícios para os cuidados paliativos do paciente e apoio psicológico para a estrutura familiar.

Os cuidados paliativos exigem uma atuação profissional voltada não mais para o fim maior da medicina que é buscar a cura, mas para uma atividade de atenção e cuidado com o doente, que lhe traga conforto e bem-estar, o que, saliente-se, também está dentre as obrigações da área médica, pois visam o benefício do doente.

Siqueira e outros relembram ensinamento de antigo aforismo de autoria ainda controversa que reconhecia a medicina como a arte de *“curar às vezes, aliviar muito frequentemente e confortar sempre”*²⁹², lembrando da importância de respeito à pessoa

²⁹⁰ Cfr. WMA. **WMA Resolution on the Access to Adequate Pain Treatment: Adopted by the 62nd WMA General Assembly, Montevideo, Uruguay, October 2011.** Disponível em: <<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/p2/>>. Acesso em: 06 set. 2015.

²⁹¹ Refere Serrão. “A prática da medicina de acompanhamento deve ser domiciliar quando possível. Para ser domiciliária os “especialistas” desta nova prática médica vão ajudar a família ensinando-a a organizar-se para que a casa do doente possa ser um lugar excelente para essa prática médica. Sem sacrifícios que só se podem pedir aos cultores das virtudes heróicas. Nesta área de mobilização e organização da família o médico empenhado, a enfermeira competente e especializada, e o terapeuta psicólogo fazem verdadeiros milagres, conseguindo que a família ame o seu doente terminal até ao fim em vez de desejar a sua morte”. SERRÃO, Daniel. Os cuidados..., p. 175.

²⁹² Cfr. SIQUEIRA, José Eduardo de; PESINI, Leo; SIQUEIRA, Carlos Eduardo de. Olhar..., p. 252.

do paciente que os profissionais da saúde devem manter, em especial quando reconhecida a fase de terminalidade da vida.

Embora tenha se direcionado as referências dos cuidados paliativos para casos de fim de vida, considerando o tema dessa tese, deve-se referir que esses cuidados integrais à pessoa, justamente porque implicam em conhecer o paciente e conferir-lhe o respeito que merece, devem estar presentes em toda a atividade assistencial, ainda que se intensifiquem no período de terminalidade. Maciel refere que *“a grande questão está em que modalidade e com qual intensidade vai ser oferecido o cuidado”* e conclui que na fase final da vida *“o cuidado paliativo deve ser, então, o tratamento exclusivo a ser ministrado a esses doentes”*²⁹³.

Isso implica no reconhecimento de que se ingressou no estágio final da vida, o que não é fácil nem para o paciente, nem para os profissionais de saúde envolvidos, pois também eles precisam elaborar questões relativas à finitude da vida, aliado ao fato de encararem que nem sempre são capazes de evitar a doença e o fim.

Cuidados paliativos buscam o alívio do sofrimento com controle de sintomas apresentados e da dor, o atendimento integral, físico e psíquico do paciente e também de seus familiares, permitindo o exercício das atividades possíveis, de forma que o processo de final de vida seja proveitoso e não degradante. Surge como um braço da medicina com vistas à humanização desse momento final da vida, partindo do reconhecimento da morte como um processo natural. Como salienta Maciel, *“na concepção de cuidado paliativo, a doença é terminal e não o doente”*²⁹⁴.

O cuidado prestado a pessoas em situação de fim de vida e que estão em sofrimento remonta à antiguidade. A medicina paliativa moderna pode ser creditada à médica inglesa Cicely Saunders, criadora do St. Christophis Hospice, hospital de referência em cuidados paliativos²⁹⁵. Quando os médicos chegavam à conclusão de que nada mais havia para ser feito em termos de cura, e que frequentemente era entendido como desistência do paciente, Saunders entendia que ainda tinha muito que podia ser feito para enfrentar esse final de vida com dignidade, em um atendimento global do paciente e de sua família.

²⁹³ Cfr. MACIEL, Maria Goretti Sales. Aspectos bioéticos do cotidiano de uma unidade hospitalar de cuidados paliativos. In: PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; SCHLEMPER JR, Bruno (Org.). **Bioética, saúde, pesquisa e educação**. v. 1. Brasília: CFM/SBB, 2014. p. 266.

²⁹⁴ Cfr. MACIEL, Maria Goretti Sales. Aspectos..., p. 266.

²⁹⁵ Cfr. ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS (ANCP). **O que são cuidados paliativos**. Disponível em: <<http://www.paliativo.org.br/ancp.php?p=oqueeecuidados>>. Acesso em: 07 set. 2015.

A medicina paliativa é uma área sensível, pois representa de certa forma o fracasso dos tratamentos curativos para os quais os médicos são preparados. Embora esteja sendo difundida, ganhando repercussão diante dos novos debates éticos da atualidade e o prolongamento indevido do processo de morte, na prática ainda encontra muitos entraves.

Barroso e Martel sintetizam os obstáculos aos cuidados paliativos entre os quais identificam o problema do desconhecimento e o grande apego à medicina curativa²⁹⁶.

Ademais, defensores ferrenhos do direito à vida entendem os cuidados paliativos como uma porta para a eutanásia, em especial o que denominam de «eutanásia de duplo efeito», qual seja, quando a morte é acelerada como consequência indireta das ações médicas que são executadas, visando o alívio do sofrimento do paciente²⁹⁷.

Teríamos aqui um ato com mais de um efeito, dos quais um desejado e o outro além da intenção. Contudo, como analisa Gonçalves *“os actos morais classificam-se de acordo com a intenção e não de acordo com o que está para além da intenção, visto que é accidental”*²⁹⁸.

São problemas, por exemplo, com a utilização da sedação frequentemente aplicada no período final, nos quais sintomas refratários ou de difícil tratamento não conseguem ser adequadamente manejados. Tanto para aliviar sintomas físicos como também os emocionais, ela é utilizada como terapia. Alguns estudos demonstram que em percentual bastante elevado, a sedação é eficaz para aliviar os sintomas que se pretende²⁹⁹. Naturalmente que se recomenda, sempre que possível, a participação do paciente na decisão de utilização de sedação e, na sua incapacidade, o envolvimento de familiares.

²⁹⁶ Destacam os autores: “Na medicina contemporânea, os cuidados paliativos possuem status de cientificidade paralelo ao da saúde curativa. Não obstante, são intensos os obstáculos aos cuidados paliativos dentre os quais: a) o desconhecimento; b) o apego à medicina curativa; c) os conflitos de interesses entre diferentes ramos profissionais da saúde; d) os conflitos de interesses econômicos pelo não emprego de algumas tecnologias altamente avançadas e da não realização de alguns procedimentos cirúrgicos; e) dificuldade de acesso a substâncias restritas empregadas no controle da dor; f) insegurança dos profissionais da saúde, mormente médicos, quanto à aceitação legal de práticas de cuidados paliativos”. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte...*, p. 59.

²⁹⁷ Cfr. FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. **Tipos de eutanásia.**

²⁹⁸ Cfr. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 135.

²⁹⁹ Cfr. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 131.

A utilização de sedação corretamente manejada por profissionais de cuidados paliativos, quando tem por finalidade aliviar o sofrimento do doente, é uma opção eticamente justificada³⁰⁰.

Na França, recente alteração legislativa do código de saúde pública, no ano de 2016, sem legalizar a eutanásia voluntária ou o suicídio assistido, aprovou a utilização de sedação até a morte para pacientes terminais³⁰¹.

Assim, ainda que a tomada de decisão no final de vida possa ter efeitos não desejados, importante a análise da intenção que levou a essa decisão³⁰².

³⁰⁰ Gonçalves conclui: “a sedação é legítima quando feita por pessoas competentes em cuidados paliativos, depois de todos os esforços para se conseguir um bem-estar razoável sem comprometer a consciência, num tempo aceitável, e desde que o doente consinta. Em geral, a sedação não influencia significativamente a sobrevivência. Tem-se justificado a sedação do ponto de vista ético invocando o princípio do duplo efeito, mas a obrigação que impende sobre os profissionais de saúde de aliviar o sofrimento dos doentes, o seu desejo esclarecido e a ausência de uma alternativa melhor são justificações suficientes”. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 137.

³⁰¹ A aprovação da lei que contou com consenso de socialistas e conservadores, demonstrando assim chegar-se a um meio termo que atende as necessidades dos pacientes terminais e que respeite a sua autonomia. A notícia apresenta argumentos a favor da eutanásia, referindo que esta poderia ser melhor do que o texto aprovado. Deve-se, contudo, considerar que a sedação até a morte está dentro de uma lógica de cuidados paliativos, e considerando a intenção, mostra-se adequada ao manejo de situações finais de vida.

Refere a matéria do The Guardian, publicada em janeiro de 2016: “France’s parliament has approved a bill that will let doctors keep terminally ill patients sedated until death – but stops short of legalising euthanasia or assisted suicide. [...] The new law will allow patients to request “deep, continuous sedation altering consciousness until death” but only when their condition is likely to lead to a quick death. Doctors will be allowed to stop life-sustaining treatments, including artificial hydration and nutrition. Sedation and painkillers will be allowed “even if they may shorten the person’s life”. The law will also apply to patients who are unable to express their will, following a process that includes consultation with family members”. (Livre tradução: “O parlamento francês aprovou um projeto de lei que permitirá que os médicos mantenham os pacientes em estado terminal sedados até a morte - mas deixa de legalizar a eutanásia ou o suicídio assistido. [...] A nova lei permitirá que os pacientes solicitem ‘sedação profunda e contínua, alterando a consciência até a morte’, mas somente quando sua condição provavelmente levar a uma morte rápida. Os médicos terão permissão para parar os tratamentos que sustentam a vida, incluindo hidratação artificial e nutrição. Sedação e analgésicos serão permitidos ‘mesmo que possam encurtar a vida da pessoa’. A lei também se aplica a pacientes que não conseguem expressar sua vontade, seguindo um processo que inclui consulta com os membros da família”). FRANCE adopts sedated dying law as compromise on euthanasia. **The Guardian**, 28 Jan. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2016/jan/28/france-adopts-sedated-dying-law-as-compromise-on-euthanasia?CMP=share_btn_tw>. Acesso em: 28 nov. 2016.

³⁰² Gonçalves apresenta exemplo que permite a compreensão dos problemas envolvidos nas decisões em questão: “Um doente com cancro avançado tem dispneia intensa irreversível. É-lhe administrada morfina para diminuir a sua sensação de dispneia, sabendo que pode provocar depressão respiratória e eventualmente a morte (devo dizer que este exemplo ou outros semelhantes habitualmente dados para ilustrar o princípio do duplo efeito têm pouca correspondência com a realidade, visto que quem exerce cuidados paliativos sabe que a depressão respiratória é uma ocorrência rara). Mesmo que o doente morresse após a administração de morfina, a acção continuaria a ser lícita porque a intenção era aliviar o sofrimento do doente. O efeito de aliviar o sofrimento do doente não implica na sua morte, embora esta possa ocorrer como efeito secundário. Esta acção é muito diferente de administrar cloreto de potássio IV, porque esta acção para aliviar o sofrimento do doente tem de o matar, o que viola a terceira condição que estipula que o mau efeito não deve ser um meio para o bom efeito”. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 135.

A filosofia dos cuidados paliativos - repita-se - não tem vinculação com a antecipação da morte. Pretende sim a busca por um fim de vida digno, minimizando efeitos da doença, diante do reconhecimento de que dor e sofrimento são degradantes. Reitera a ideia de que o prolongamento da existência com utilização de terapias fúteis, que não raro mantém o paciente em ambientes de terapias intensivas, afastado de seus familiares e afetos, incrementando a solidão, e que nenhum benefício ou avanço em busca da cura irão propiciar, vão contra a dignidade intrínseca a todo o ser humano.

Como refere Gonçalves *“a duração da vida não é uma preocupação básica dos cuidados paliativos: não a tentam prolongar, nem abreviar. A eutanásia não é, pois, um método dos cuidados paliativos”*³⁰³.

Dentro da filosofia dos cuidados paliativos, necessário um preparo especial para esse atendimento: primeiro, para assumir que a morte está se instalando e não retrocederá; segundo, para compreender as necessidades do paciente e seus familiares. Como adverte Osswald, *“não basta ter boa vontade e capacidade de improvisar para alcançar o objectivo, cada vez mais importante e premente, de estabelecer cuidados paliativos de boa qualidade, acessíveis a quantos deles necessitam”*³⁰⁴.

O modelo de cuidados paliativo assistencial proposto pela Organização Mundial da Saúde pressupõe o acompanhamento e atendimento do paciente nesse processo de final de vida como forma de humanização, de maneira que o paciente se sinta sempre acompanhado. Ao tratar do atendimento às pessoas com câncer, a OMS trata de cuidados paliativos quando medidas em busca da cura não são mais acessíveis. Para essa finalidade é preciso manter o controle sobre o que ocorre: aliviar dores e sintomas e aguardar que a morte se instale³⁰⁵.

³⁰³ Cfr. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 143.

³⁰⁴ Cfr. NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética...**, p. 191.

³⁰⁵ Nesse sentido: “Palliative care: provides relief from pain and other distressing symptoms; affirms life and regards dying as a normal process; intends neither to hasten or postpone death; integrates the psychological and spiritual aspects of patient care; offers a support system to help patients live as actively as possible until death; offers a support system to help the family cope during the patients illness and in their own bereavement; uses a team approach to address the needs of patients and their families, including bereavement counselling, if indicated; will enhance quality of life, and may also positively influence the course of illness; is applicable early in the course of illness, in conjunction with other therapies that are intended to prolong life, such as chemotherapy or radiation therapy, and includes those investigations needed to better understand and manage distressing clinical complications”. (Livre tradução: “Cuidados paliativos: proporciona alívio da dor e outros sintomas angustiantes; afirma a vida e olha o morrer como um processo normal; não tem a intenção nem de acelerar nem de adiar a morte; integra os aspectos psicológicos e espirituais da assistência ao paciente; oferece um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viver tão ativamente quanto possível até à morte; oferece um sistema de apoio para ajudar a família a lidar com o paciente durante a doença e com seu próprio luto; usa uma abordagem de equipe para atender às necessidades dos pacientes e suas famílias, incluindo aconselhamento de luto, se

Quando se fala em terminalidade é comum o pensamento nos remeter para doentes idosos, para os quais o processo se instala também em função do envelhecimento. Para a pessoa idosa que teve uma existência ativa e participativa, o envelhecimento é uma gradual forma de se aproximar da morte³⁰⁶.

Contudo, quando se fala em terminalidade e cuidados paliativos estes podem estar presentes em qualquer etapa da vida humana. É natural que a terminalidade de uma criança choque mais do que o normal. E, por sua vez, o tratamento para essa etapa de existência exigirá abordagens diferenciadas e especial atenção para o núcleo familiar³⁰⁷.

Maciel salienta que todo o profissional que almeja qualidade de vida de seu paciente nessa fase deve saber *“respeitar os valores do outro, dispondo-os sempre a frente*

indicado; irá melhorar a qualidade de vida, e pode também influenciar positivamente o curso da doença; é aplicável no início do curso da doença, em conjunto com outras terapias, que se destinam a prolongar a vida, tais como a quimioterapia ou terapia de radiação, e inclui as investigações necessárias para melhor compreender e tratar as complicações clínicas angustiantes”). WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO).

WHO definition...

³⁰⁶ A Convenção Interamericana sobre proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, aprovada em 2015, dentre suas definições, apresenta a definição de cuidados paliativos, reconhecendo a morte como um processo normal: “Cuidados paliativos”: A atenção e o cuidado ativo, integral e interdisciplinar de pacientes cuja enfermidade não responde a um tratamento curativo ou que sofrem dores evitáveis, a fim de melhorar sua qualidade de vida até o fim de seus dias. Implicam uma atenção primordial ao controle da dor, de outros sintomas e dos problemas sociais, psicológicos e espirituais do idoso. Abrangem o paciente, seu entorno e sua família. Afirmam a vida e consideram a morte como um processo normal; não a aceleram nem a retardam”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana sobre a proteção dos Direitos Humanos dos idosos**. 14 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/08/conven%C3%A7%C3%A3o-interamericana-sobre-a-prote%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-dos-idosos-OEA.pdf>>.

Acesso em: 14 out. 2016.

³⁰⁷ Definição da OMS de cuidados paliativos para crianças: “Palliative care for children represents a special, albeit closely related field to adult palliative care. WHO’s definition of palliative care appropriate for children and their families is as follows; the principles apply to other pediatric chronic disorders (WHO; 1998a): Palliative care for children is the active total care of the child’s body, mind and spirit, and also involves giving support to the family. It begins when illness is diagnosed, and continues regardless of whether or not a child receives treatment directed at the disease. Health providers must evaluate and alleviate a child’s physical, psychological, and social distress. Effective palliative care requires a broad multidisciplinary approach that includes the family and makes use of available community resources; it can be successfully implemented even if resources are limited. It can be provided in tertiary care facilities, in community health centres and even in children’s homes”.

(Livre tradução: “Os cuidados paliativos para crianças representam campo especial, embora intimamente relacionado com os cuidados paliativos do adulto. A definição adequada de cuidados paliativos para crianças e suas famílias segundo a OMS é a seguinte; os princípios se aplicam a outras doenças crônicas pediátricas (OMS; 1998a):• Os cuidados paliativos para crianças é o cuidado total do corpo da criança, mente e espírito, e também envolve dar apoio à família.• Começa quando a doença é diagnosticada, e continua independentemente da criança receber ou não um tratamento dirigido a doença.• Os profissionais de saúde devem avaliar e aliviar o sofrimento físico, psicológico e social da criança.• cuidados paliativos eficazes requerem uma abordagem multidisciplinar ampla que inclui a família e faz uso de recursos comunitários disponíveis; ele pode ser implementado com sucesso, mesmo quando os recursos são limitados.• Pode ser fornecida nas instalações de cuidados terciários, em centros comunitários de saúde e até mesmo nas casas das crianças”).

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO definition...**

dos seus”. Indica como iniciativas a serem seguidas: conhecer a biografia do doente; compreender sua dinâmica familiar; conhecer valores do doente e sua família, e aprender a respeitá-los; assegurar a privacidade e manter sigilo profissional; escutar e respeitar os desejos; e, utilizar o conhecimento técnico com intuito de propiciar a melhor qualidade de vida possível³⁰⁸.

Mesmo que reconhecida a fase de terminalidade de vida, várias decisões difíceis ainda precisam ser tomadas, e saber interagir com o doente nessa fase é importante, pois mantém o reconhecimento de sua autonomia. A comunicação nessas horas *“precisa ser minuciosa para permitir ao doente se posicionar da forma mais consciente possível, ao mesmo tempo, cautelosa e empática, para que não lhe cause danos ou precipite sua decisão”*³⁰⁹.

No Brasil, os cuidados paliativos ainda precisam ser desenvolvidos. A revisão do Código de Ética Médica Brasileiro, ao estabelecer no seu artigo 41 a necessidade de manutenção do atendimento ao paciente quando não mais se busca a cura, na perspectiva de cuidados paliativos, reconheceu a importância da atuação nessa área.

A Academia Nacional de Cuidados Paliativos, criada em São Paulo no ano de 2005³¹⁰, por sua vez, visa difundir as ideias de atendimento e qualidade de vida de pacientes com doenças crônicas ou em estágios terminais.

³⁰⁸ Cfr. MACIEL, Maria Goretti Sales. Aspectos..., pp. 267-268.

³⁰⁹ Maciel relata um caso que bem demonstra a importância do respeito para com o paciente, que todo o profissional deve aprender e a necessidade de uma comunicação clara e objetiva que permita ao doente tomar a decisão: “Jorge tinha 42 anos, era engenheiro, morador do litoral, casado, com três filhos jovens, de 16, 19 e 20 anos de idade. Um homem trabalhador, bem humorado e muito responsável. Tinha uma neoplasia maligna avançada, com numerosas metástases e complicações, já exaustivamente tratadas e, numa internação para proceder a uma radioterapia de crânio total por múltiplas metástases de sistema nervoso central, apresentou um quadro agudo de obstrução arterial da aorta terminal, o que implicou indicação de amputação dos dois membros inferiores, na raiz da coxa. Uma cirurgia mutilante, num doente com expectativa de vida curta, em torno de dois meses. Ouviu todas as explicações pertinentes ao seu quadro, as opções de tratamento, os riscos e benefícios de realizar ou não a amputação dos dois membros inferiores e pediu tempo para pensar, o que lhe foi dado. Sua decisão surpreendeu toda a equipe assistencial, que tinha expectativas diferentes com relação ao seu caso. Quando todos imaginavam que ele decidiria por não amputar suas pernas e aceitar aquele evento como o último, no fim de sua vida, ele nos surpreendeu com sua firmeza: “Toda a minha vida matei um leão por dia. O leão de hoje são minhas pernas. Pode amputar”. Sua resposta foi acrescida por um pedido especial. Ele mesmo queria comunicar aos filhos, no fim da semana, que amputaria as pernas por decisão própria e queria ter com eles um encontro especial de Dia dos Pais, pois era véspera daquela data. Seu desejo foi aproveitar a ocasião para ensinar-lhes uma importante lição de vida e de coragem. Valores relevantes para ele. Foi respeitado. A operação ocorreu após a data da comemoração e sua recuperação foi surpreendente. Para a equipe foi uma oportunidade ímpar de aprender que a doença, seu enfrentamento, o processo do morrer e a morte devem guardar identidade com o doente”.

MACIEL, Maria Goretti Sales. Aspectos..., pp. 271-272.

³¹⁰ Informações obtidas no site da Academia. ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS (ANCP). **História**. Disponível em: <<http://www.paliativo.org.br/ancp.php?p=historia>>. Acesso em: 01 set. 2015.

No mais, é possível citar a criação da Câmara Técnicas de Cuidados Paliativos, vinculado ao Conselho Estadual de Medicina do Rio Grande do Sul, no ano de 2011, e alguns serviços prestados em hospitais públicos, como o núcleo de atendimento do Hospital de Clínicas de Porto Alegre³¹¹.

Em Portugal, Serrão também adverte que muito tem que ser realizado, referindo que *“o pouco que foi feito, e nem sempre com a melhor orientação, está muito longe de satisfazer as necessidades existentes no País”*³¹².

A prática de cuidados paliativos, quando utilizados de forma correta e com o fim a que se propõe, é uma grande aliada para a humanização desse processo de morte e morrer. Na prática significaria a diferença *“entre uma pessoa que morre em grande sofrimento e desesperada e uma pessoa que pode encarar a inevitabilidade de sua morte em relativa paz e sentindo o conforto de se sentir sempre acompanhada”*³¹³.

2.5 O fim de vida com dignidade

A negação da morte é uma forte tendência da cultura ocidental atual. Neto reconhece que as concepções diversas, que consideram a morte uma fatalidade ou um

³¹¹ “O SEC também possui um Núcleo de Cuidados Paliativos (NCP), destinado ao atendimento de pacientes fora de possibilidades de cura, constituído por seis leitos. Vinculado ao Grupo de Enfermagem, o Serviço é liderado por um professor da Escola de Enfermagem da UFRGS e conta com o auxílio de um colega assistente, além de uma enfermeira-chefe em cada uma das suas sete unidades, o que proporciona a integração docente e assistencial no campo da enfermagem”. HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE - RS. **Apresentação**. Disponível em: <<https://www.hcpa.edu.br/content/view/335/1714/>>. Acesso em: 21 nov.2015.

³¹² Cfr. SERRÃO, Daniel. Os cuidados..., p. 174.

³¹³ O exemplo apresentado por Neves e Osswald auxilia na exata compreensão do atendimento paliativo: “CUIDADOS PALIATIVOS NO CONCRETO. João D. de 72 anos, tem o diagnóstico de cancro de próstata com extensas metástases ósseas, que lhe causam dores de moderada intensidade mas quase continuas, dificultando o sono e a mobilidade. O urologista que o tratava informou-o da situação, declarando-lhe que não propunha mais nenhum tratamento dirigido à sua doença e que lhe recomendava que voltasse a ser seguido pelo médico de família, a quem enviaria um relatório e que este deveria estabelecer uma terapia analgésica. Iniciada esta, João D. não experimentou alívio significativo das suas dores, deixou de ir às consultas e tomou uma série de mezinhas e “remédios” recomendados por conhecidos ou anunciados em publicidade de “medicina alternativa”. Ruminando ideias depressivas e alimentando projecto de suicídio, teve a sorte de consultar com mais um médico, que lhe propôs internamento por uma semana, o que aceitou. Durante essa semana foi estabelecido um esquema analgésico (pioides + adjuvantes) e realizada irradiação (sintomática) dos ossos afectados. O doente pôde regressar a casa, continuar a terapêutica analgésica, receber cuidados de fisioterapia adequados e ser vigiado por equipa médica e de enfermagem. Quase não tem dores, retomou hábitos de leitura, recebe a visita ocasional de alguns familiares e amigos prepara-se espiritualmente para o terminar de seu percurso vital, facto que aceita sem revolta”. NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética...**, p. 191.

fato natural, dizem mais respeito com questões operacionais que de próprio fundo, mas terão influência no tratamento que se dispensará a esse momento final da vida³¹⁴.

Reconhecida a morte como parte do ciclo da vida não há que encará-la como um mal em si. O processo prolongado, causado pelo apego demasiado à existência corpórea do ser humano, decorrência de todo o sistema cultural relatado, que se intensificou na contemporaneidade, tem se mostrado muitas vezes um ato solitário e degradante, porque envolvido em dor e sofrimento.

Em grande parte, o afastamento de discussões filosóficas relativas à finitude da vida acabou por exacerbar o medo do fim e contribuiu para esse apego demasiado à manutenção das funções vitais do corpo.

A evolução científica, em especial na área médica, permitiu o desenvolvimento de terapias com verdadeira possibilidade de prolongamento da vida, não raro chegando à cura da doença, ou estabilizando e minimizando seus sintomas, como em caso de doenças degenerativas como Parkinson e Alzheimer, permitindo que a pessoa mantenha sua vida com qualidade e autonomia.

As doenças degenerativas, em especial as que atingem as células nervosas, não são doenças novas³¹⁵. O aumento da expectativa de vida, aliado ao fato de que os estudos realizados permitem diagnósticos mais seguros, faz parecer que houve um incremento do número de casos. Não se trata, pois, de doença que surgiu, mas doenças cujos sintomas foram sendo analisados e agrupados permitindo o diagnóstico.

Graham e Warner identificam entre os vários casos de demência quatro formas que são as mais usuais e, dentre elas, referem que o Alzheimer e a demência vascular atingem 90% dos casos³¹⁶.

³¹⁴ Cfr. NETO, Luisa. **O direito...**, p. 768.

³¹⁵ Nesse sentido: "This disease was first described over 100 years ago by Alois Alzheimer who reported on a condition in a woman in her 50s. His description shows the range of symptoms that may develop in this condition: [...]" (Livre tradução: "Esta doença foi descrita pela primeira vez há 100 anos por Alois Alzheimer, que relatou essa condição em uma mulher de 50 anos. Sua descrição mostra a gama de sintomas que podem se desenvolver nesta condição [...]"). GRAHAM, Nori; WARNER, James. **Understanding Alzheimer's disease & other dementias**. Family Doctor Books Limited in association with the British Medical Association, 2014. p. 12.

³¹⁶ Esclarecem os autores que alguns testes especiais ajudam a identificar o tipo de demência, contudo, apenas uma biópsia do cérebro poderia confirmar, o que é muito raro. Referem: "There are a large number of different types and causes of dementia but the great majority of people have one of four types: 1. Alzheimer's disease; 2. Vascular dementia; 3. Lewy body dementia; 4. Fronto temporal dementia. We shall concentrate on these four. Together, Alzheimer's disease and vascular dementia cause about 90 per cent of all cases of dementia. Brain scans and special tests of brain function (cognitive tests) may help doctors tell what type of dementia a person has. However, the only sure way of telling what type of dementia is present is by doing a brain biopsy (removing a small piece of brain tissue and looking at it under a microscope). This is very rarely done". (Livre tradução: "Há um grande número de diferentes

A doença apresenta sintomas como perda de memória, confusão e repetição. De início, esses sintomas são leves e por isso nem sempre identificados. Mas com a progressão da doença não mais se reconhece a pessoa que era naquela que se tornou. “A doença do Alzheimer leva ao aniquilamento do ser humano no que este tem de mais distintivo: a memória”³¹⁷.

O caminho é longo e doloroso e para quem convive com o doente é árduo observar a progressão da doença. A perda da memória que torna a pessoa alheia à realidade que a cerca é uma situação difícil de ser encarada e as decisões a serem tomadas nem sempre são muito claras ou de efeito certo. É possível que ao decidir, por exemplo, em uma medida de entubar a pessoa, essa possa entrar em maior sofrimento e ainda assim venha a falecer. Contudo, é possível também que a crise passe e a pessoa, mesmo que a doença não tenha cura, tenha uma melhora significativa que lhe permita viver por alguns anos em condições razoáveis³¹⁸.

Com toda a evolução da medicina, ainda é surpreendente o número de fatores envolvidos que podem determinar ou não a melhora ou a piora do quadro. Certo apenas que a doença de Alzheimer não retrocede, e embora possam aparecer períodos

tipos e causas de demência, mas a grande maioria das pessoas tem um desses quatro tipos: 1. doença de Alzheimer; 2. demência vascular; 3. demência de Lewy; 4. demência frontotemporal. Vamos concentrar-nos nestes quatro. Juntos, a doença de Alzheimer e demência vascular representam cerca de 90 por cento de todos os casos de demência. As varreduras do cérebro e testes especiais da função cerebral (testes cognitivos) podem ajudar os médicos a dizer que tipo de demência que uma pessoa tem. No entanto, a única maneira certa de dizer que tipo de demência está presente é fazendo uma biópsia do cérebro (remoção de um pequeno pedaço de tecido cerebral e olhá-lo sob um microscópio). Isto é feito muito raramente”). GRAHAM, Nori; WARNER, James. **Understanding...**, p. 10

³¹⁷ Cfr. MÓNICA, Maria Filomena. **A morte**. Fl. 14-16.

³¹⁸ Mónica relata a experiência da doença de Alzheimer de sua mãe que demonstra como o processo pode ser longo e doloroso, tanto para o doente como para os familiares. Expõe: “A minha mãe era e não era ela: tão depressa me falava, com lucidez, de coisas que a interessavam, como inventava perseguições de que estaria a ser alvo. Em certos momentos era a mãe que conhecera, poderosa, linda e inteligente; noutros parecia uma mulher perdida, confusa e desesperada. [...] Entretanto, a sua saúde mental degradava-se. Três anos depois de ali ter ingressado, deixou de reconhecer quem quer que fosse, incluindo os filhos. As nossas visitas tornaram-se inúteis, mas todos fomos lá. [...] Em vez de melhorar – aqui não há progresso nem cura – a doença de Alzheimer seguiu o seu caminho. [...] Sem que disso estivesse prevenida, o pior estava por vir. Em 2003, os seus músculos desintegraram-se, fazendo com que deixasse de poder engolir a comida e, depois, a saliva. [...] Eu tinha dúvidas em a entubar – por considerar que o gesto prolongaria desnecessariamente sua vida – mas nem todos os meus irmãos assim pensavam. Vendo o que lhe sucedeu depois – esta doença tem altos e baixos -, não sei qual teria sido a resposta adequada. Depois de entubada, pareceu ter recuperado, não psíquica, mas fisicamente, o que provavelmente é natural, dado estar a ser mais bem alimentada. [...] A 28 de Junho de 2006, recebi um telefonema de uma freira comunicando-me ter chamado uma ambulância, a fim de transportar a minha mãe para o Hospital de S. José, por o seu coração estar a fraquejar... Foi entre máquinas, tubos e ecrãs que olhei a minha mãe pela última vez. Na manhã seguinte, o meu irmão telefonou-me, comunicando-me ter a mãe morrido durante a noite”. MÓNICA, Maria Filomena. **A morte**. Fl. 14-16

melhores, a tendência é a progressiva degeneração da memória e na sequência das demais atividades motoras.

Outras situações de fim de vida que merecem consideração são o agravamento de doenças, até chegarem à sua fase terminal. Dentre elas, é de ser dado destaque para os diversos tipos de câncer. A evolução dos medicamentos e tratamentos nessa área é bastante confortante, mas ainda assim nem sempre os tratamentos propostos respondem da forma esperada. A fase terminal é considerada quando a expectativa de vida não for superior a seis meses.

Também aqui os resultados não são matemáticos, mas o que se verifica é que cada vez mais há o acerto da previsão médica, quer pela sofisticação dos exames, quer pela prática adquirida que permite afirmar a terminalidade da doença.

Circunstâncias diversas - e talvez com maior complexidade - são os casos de Estado Vegetativo Persistente, nos quais ocorre a manutenção da vida do paciente por meio de aparelhos. Esses aparelhos podem manter funções como a respiração ou apenas auxiliar na alimentação e hidratação.

No caso Quinlan, foi retirado o respiradouro da americana e ainda assim ela viveu por outros 9 anos, apenas com alimentação e hidratação. No caso Lambert, mesmo sem hidratação e alimentação ainda permaneceu vivo por 31 dias, quando então se retornou à utilização da sonda nasogástrica.

Naturalmente que, se necessário aparelho para fins de respiração, fica mais nítido o caráter de tratamento. Quando, porém, o paciente mantém as atividades motoras básicas, inclusive respiração, desligar os aparelhos equivaleria a cortar alimentação e hidratação. Nesses casos o paciente mantém as demais atividades por um determinado período de tempo, mas a ausência de alimentação o levará à morte, de forma mais ou menos rápida, dependendo de cada caso³¹⁹.

Debate-se se a manutenção da alimentação e hidratação são apenas cuidados básicos ou tratamento médico. A tendência, como se viu nos julgamentos analisados no capítulo primeiro, é por considerar como tratamento médico e, como tal, passível de ser suspenso. Isso porque é o fornecimento de alimentação e hidratação que mantém a pessoa viva, mas de forma artificial. Saliente-se que não é um procedimento agradável e

³¹⁹ Nos casos levados a exame no primeiro capítulo dessa tese, Lambert teve hidratação e alimentação suspensa e ainda assim sobreviveu, tanto que revertida a situação judicial, retomou-se o tratamento após cerca de 30 dias.

Já a italiana Eluana Englaro, depois de suspensão medicação e hidratação sobreviveu apenas três dias, após a retirada do suporte vital.

a manutenção ao longo de muitos anos possivelmente cause problemas, muito embora dado ao seu estado, a pessoa não possui consciência do que se passa³²⁰.

São raros os casos em que pacientes em EVP conseguem sobreviver por muito tempo. A tendência é de falência de outros órgãos que acaba por levar à morte. Quando prolongado, o fato ganha repercussão, motivo pelo qual parecem ser um número considerável³²¹.

Saliente-se que nas hipóteses aqui referidas o que se pretende é evitar a manutenção da vida de forma artificial ou a utilização de tratamentos sem benefício associado que equivalem a um prolongamento irracional e doloroso do processo de morte, já instalado.

Mesmo em caso de fornecimento de morfina, substância comumente utilizada para sedação e alívio da dor, a intenção é minimizar o sofrimento do paciente, ainda que a utilização contínua e em quantidade possa acabar por antecipar a morte³²².

A inevitabilidade da morte ainda é um dado dominante. *“A existência terrena do homem como ser corpóreo está determinada pelo seu ir até à morte, única linha de acção que em definitivo lhe não está aberta como liberdade”*³²³.

E, nesses casos, o não reconhecimento do momento final pode ser mais prejudicial para a pessoa do que tentativas exasperadas e limítrofes de prolongamento da vida, de baixa qualidade e degradantes.

Quando a cura não é mais possível, reconhecido que a doença entra na sua fase terminal, é normal que o desestímulo leve a um não atendimento adequado dessa fase. Necessário, pois, se reafirmar que existem outras formas de tratamento, como já

³²⁰ Em reportagem sobre os cuidados paliativos no Brasil, publicada na Folha de São Paulo, médicos analisam a questão dos tratamentos fúteis e a necessidade de atendimento ao paciente. Referem-se a doentes, que não em EVP, mas permite perceber o quão desagradável é o tratamento: “Matsumoto exemplifica: A perda da vontade de comer é um dos sinais da morte. A prática mais comum é inserir uma sonda de alimentação no nariz. Como é desconfortável, o paciente tenta tirá-la e acaba amarrado à cama. A questão não é nunca passar a sonda, mas avaliar o custo-benefício”. APPEL, Camila. A arte de morrer bem: médicos brigam por espaço para cuidados paliativos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 set. 2015. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/09/1681738-a-arte-de-morrer-bem-medicos-brigam-por-espaco-para-cuidados-paliativos.shtml>>. Acesso em: 08 out.2015.

³²¹ “Em termos práticos, o EVP reduz a expectativa de vida para 2 a 5 anos, com uma taxa de mortalidade de 82% aos 3 anos e 92% aos 5 anos. A sobrevivência para além dos 10 anos é absolutamente excepcional (4,5)”. CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. **Relatório...**

³²² Na reportagem referida na nota anterior, médicos analisam o uso da morfina no Brasil: “O uso de morfina é outro preconceito a ser quebrado, diz Arantes. O país que mais prescreve morfina é a Áustria – 100 mg per capita por ano. A média mundial é de 6,5 mg, e no Brasil, 1,5 mg. É dito que ela causa depressão respiratória e vicia. Estudos indicam que o risco de vício é menor que 0,01%. No Brasil, as pessoas morrem mal e urrando de dor”. APPEL, Camila. A arte...

³²³ Cfr. NETO, Luís. **O direito...**, p. 769.

referido, que minimizam sintomas e permitem que essa fase final da existência transcorra da melhor forma possível. A filosofia dos cuidados paliativos surge exatamente no intuito de reconhecer que ainda há muito para ser feito pelo doente, mantendo um atendimento global deste e de sua família, em especial nos aspectos psicológicos que em regra são deixados de lado.

Esses cuidados estão muito ligados à questão da ortotanásia, que pressupõe exatamente saber reconhecer quando tratamentos em busca da cura passam a ser o problema e não a solução.

A ortotanásia é uma resposta ética para os problemas de fim de vida que se apresentam na sociedade contemporânea em que a cada momento surge um novo tratamento e/ou um novo fármaco passível de utilização, mas que pode estar apenas prolongando esse momento de sofrimento.

Como já referido no item 2.3.3, a ortotanásia, entendida como a morte correta, que chega no momento certo, apresenta poucos problemas de natureza ética e tem sido difundida no meio médico e agora também na sociedade.

Merece ser reconhecida como uma prática ética que dignifica a pessoa no processo final de existência. Implica na manutenção de cuidados básicos e o reconhecimento da autonomia do paciente que não pretenda dar início a novo tratamento ou mesmo suspender tratamento com o qual efeitos colaterais sejam mais prejudiciais do que os benefícios que possam resultar.

Enquadra-se, pois, na ideia de um fim de vida com dignidade, pois pressupõe o cuidado integral do indivíduo, com atendimento de suas necessidades não apenas biológicas, mas também psicológicas, afetivas e sociais.

Quando se fala em morte digna se está a pensar em uma morte em que os direitos do paciente sejam observados ou como refere Neto *“uma morte na qual se respeitaram os seus direitos humanos, com serenidade, com o seu contorno familiar, cuidados médicos apropriados, com a assistência religiosa que deseje”*³²⁴. É lembrar que o paciente é um ser humano e merece toda a atenção do profissional médico, mesmo quando tratamentos de cura não sejam mais possíveis.

Debates surgem quando decisões desse porte podem implicar em um abreviamento da vida. Com efeito, a recusa de um tratamento pode implicar em redução

³²⁴ Cfr. NETO, Luísa. **O direito...**, p. 769.

de tempo de vida. A utilização de analgésicos e sedações, bastante comum nesse período, também pode ter esse efeito, embora não seja a intenção quando de sua utilização.

O que está em voga, porém, não é a quantidade de tempo à disposição da pessoa e sim a qualidade desse tempo que lhe resta. A recusa do paciente a um tratamento doloroso, que poderá lhe prolongar em um mês sua vida, é naturalmente justificada em prol de menos tempo, mas sem provocação de dor maior, para que possa estar junto de seus afetos e chegar ao final de sua vida com dignidade.

Daí porque nessa ideia de deixar a morte chegar no tempo certo, os cuidados paliativos ganham especial atenção, pois ao contrário do que se possa pensar, *“afirmam a vida e tentam oferecer um apoio que permita aos doentes viver tão activamente quanto possível até à morte, enfatizando a vida e os aspectos positivos, que, apesar das dificuldades, há que favorecer”*³²⁵.

Debates a respeito da eutanásia e do suicídio assistido ressurgem com força diante do conhecimento que se vai adquirindo, experiência acumulada e projeção de sofrimento sem cura que é possível ser feita.

McLean chama a atenção para certa confusão no tratamento da autonomia, ora privilegiando-se a autonomia em um conceito mais individualista, ora aquela com viés relacional. Ao mesmo tempo em que se valoriza a autonomia pessoal para decisões de fim de vida, como recusa ou suspensão de tratamento, nega-se a possibilidade de auxílio para esse fim. Com razão refere que autonomia tanto individual como relacional apresentam similitudes, mas na sua aplicação prática podem gerar essas distorções³²⁶.

³²⁵ Cfr. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 143.

³²⁶ Nesse sentido: “It must be concluded that the law’s approach to end of life decision-making in terms of respect for autonomy is schizophrenic. On the one hand, the role of consent (or refusal) in respecting patient autonomy is trumpeted where a patient can achieve a chosen death by rejecting life-sustaining treatment. On the other, the autonomy of the individual is denied when that death requires active assistance. The reasons for this difference in approach do not, however stand up to close scrutiny. As Fletcher says, what it comes down to is that most people, including the court, want the end - death - in certain tragic situations, but the taboo forbids the means. The result of this is an unhappy mix of two different accounts of autonomy, the individualistic, which allows for treatment refusal and the relational, which is in part responsible for denying that a choice for assisted death should be respected. Although, as we have seen, there are many who regard the relational account of autonomy as preferable to its individualistic counterpart, in end of life decisions it seems in practice to contribute to a somewhat perverse denial of self-determination. While I have argued that the differences between the two accounts are relatively small, when specific aspects of the relational model are extracted and prioritised then the outcome can be vastly different. Despite its appeal, the relational account when applied (without direct attribution) by courts and legislators can indeed widen the differences between the two and severely affect the right of people to make authentic and well-considered the end of life.” (Livre Tradução – “Deve concluir-se que a abordagem da lei sobre tomada de decisão de fim de vida em termos de respeito à autonomia é esquizofrênica. Por um lado, o papel do consentimento (ou recusa) em respeitar a autonomia do paciente é enfatizado podendo um paciente alcançar a morte, escolhida pela rejeição de tratamento de

Barroso e Matel falam de autonomia e heteronomia, aquela com viés individual, esta com viés relacional. Referem que ao considerar a ideia prevalente de dignidade como autonomia, *“na morte com intervenção, deve-se admitir, como escolhas possíveis por parte do paciente – ou seus familiares e responsáveis -, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido”*. Reconhece, porém, que o manejo correto do atendimento no fim de vida reduz consideravelmente a opção pela eutanásia e pelo suicídio assistido, concluindo que *“antes de trazer para o topo da agenda o tratamento dessas outras duas alternativas de morte com intervenção, deve-se investir energia em um consenso possível em relação à ortotanásia, que envolve escolhas morais menos drásticas”*³²⁷.

O debate precisa ser sério e com base na realidade. Contrapontos que partem da utilização equivocada desses conceitos são um desserviço para a evolução do tratamento das questões de morte e morrer³²⁸.

O número de situações que se apresentam, por vezes com diferenças sutis, também exige cuidado e análise, evitando-se padronizar situações que são diferentes. A intenção final terá relevante papel na questão que se está a tratar.

As possibilidades entre recusa de tratamento, suspensão de tratamento, utilização de tratamentos paliativos para minimizar a dor, possibilidade de antecipar o momento da morte, desligamento de aparelhos de suporte vital e retirada da hidratação

suporte de vida. Por outro lado, a autonomia do indivíduo é negada quando a morte requer assistência ativa. As razões para esta diferença de abordagem não se mantêm, todavia, frente a um exame minucioso. Como Fletcher diz, o que surge é que a maioria das pessoas, incluindo os tribunais, querem o fim - a morte - em determinadas situações trágicas, mas o tabu proíbe os meios. O resultado disso é uma mistura infeliz de duas formas diferentes de autonomia, a individualista, que permite a recusa de tratamento e a relacional, que é em parte responsável por negar que a escolha para a morte assistida deve ser respeitada. Embora, como vimos, há muitos que consideram a autonomia relacional como preferível ao conceito individualista, nas decisões de fim de vida, ao que parece, na prática, contribui para uma negação um tanto perversa da autodeterminação. Embora eu tenha argumentado que as diferenças entre as duas formas são relativamente pequenas, quando aspectos específicos do modelo relacional são extraídos e priorizados, o resultado pode ser muito diferente. Apesar de seu apelo, a forma relacional quando aplicada (sem atribuição direta) pelos tribunais e legisladores pode de fato ampliar as diferenças entre as duas e afetar gravemente o direito das pessoas de fazerem escolhas autênticas e conscientes sobre o fim de vida). MCLEAN, Sheila A.M. **Automy, Consent and the Law**. London: Routledge-Cavendish, 2010. p. 127.

³²⁷ Prossegue o autor: “Contudo, em um ambiente jurídico e médico no qual a ortotanásia seja tratada de maneira adequada, as alternativas da eutanásia e do suicídio assistido serão excepcionais, raras mesmo. É bem de ver que o debate jurídico e moral sobre essas duas últimas categorias consumiria tempo e energia, sem garantia de sucesso a curto prazo. Em razão disso, no momento presente, torna-se mais importante a busca do consenso em torno da ortotanásia, que inclui a limitação consentida de tratamento, o cuidado paliativo e as intervenções de duplo efeito. [...] Pesquisas desenvolvidas em países que oficialmente implementaram fórmulas intermediárias permitiram constatar que o desejo de morrer mediante atos de eutanásia e de suicídio assistido foi substancialmente reduzido”. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte...*, pp. 56-57.

³²⁸ Refere Sgreccia: “Assinala-se, precisamente, que a ideologia que tende actualmente a legitimar por lei a eutanásia não é a mesma, e que comete um erro sociológico e histórico quem, polemicamente, recorra ao nazismo para a combater”. SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 858.

e alimentação são circunstâncias diversas que, dentro do contexto em que se inserirem, poderão exigir diferentes decisões.

Ainda que seja possível vislumbrar um exagero no afastamento da dor, pois as pessoas se tornaram intolerantes a todo e qualquer sofrimento que possa estar sujeita, e de que conceitos de caráter mais religioso tendem a entender que passar por esse sofrimento seja uma provação a qual o indivíduo deve se submeter, cabe ressaltar que muitas das mortes degradantes da atualidade não ocorreriam em outros tempos.

Foi o avanço na busca da cura e da melhor qualidade de vida que, paradoxalmente, acabou por impor, não raro, maior sofrimento e prolongamento do processo de morte. Não saber quando é a hora de parar pode impor ao paciente uma série de tratamentos fúteis, que nenhum benefício agrega, mas com efeitos colaterais perversos.

Wolff, ao relatar com minúcia as dificuldades enfrentadas no final de vida de sua mãe e seus sentimentos contraditórios diante da situação que se apresentava, conclui que *“a era dos milagres da medicina criou uma nova fase de envelhecimento que não é vida e não é morte”*³²⁹.

A medida do sofrimento suportável é pessoal. Como bem refere o Juiz Brennan, no voto dissidente proferido no caso *Cruzan v. Director* (1990), para alguns, cada momento da vida é inestimável, para outros sem algum nível de habilidade mental ou física pode ser onerosa. Um grau moderado de sofrimento pode ser um meio importante de crescimento pessoal ou de experiência religiosa de uma pessoa, mas apenas assustador ou desprezível para outro³³⁰.

³²⁹ Refere o autor: “As saídas tradicionais – um súbito ataque do coração, morrer dormindo, cair morto na rua sem mais nem menos ou mesmo uma doença em fase terminal – tornaram-se formas exóticas de partir. Quanto mais tempo a pessoa vive, mais tempo demora a morrer. Quanto melhor viveu, pior pode ser a morte que terá. Quanto mais saudável ela for – graças a uma dieta meticulosa, exercícios diligentes e atento acompanhamento médico – mais difícil será morrer. O aumento da expectativa de vida se deve em parte ao fato de que inibimos tecnologicamente o evento final. Combatemos as causas naturais e deu quase empate. Se eliminarmos fumantes, bebedores, viciados em outras substâncias, os obesos e os fatalmente doentes, sobra um segmento demográfico em rápido crescimento que – embora longe, muito longe de ser saudável – mostra uma peculiar resistência em encontrar a morte”.

O autor prossegue questionando as opções de atendimento para a mãe, confessando: “Ainda assim, confesso, o que sinto com mais intensidade quando me sento na beirada da cama de minha mãe é um esmagador sentimento de culpa por mantê-la viva. Quem consegue aceitar um sofrimento deste? Quem pode, em sã consciência, contribuir com isso?” WOLFF, Michael. Uma vida que merece se encerrar. **Revista Piauí**, n. 71, p. 61-62, ago. 2012.

³³⁰ No original: For some, every moment of life is of inestimable value; for others, life without some desired level of mental or physical ability is worthless or burdensome. A moderate degree of suffering may be an important means of personal growth and religious experience to one person, but only frightening or despicable to another.” VLEX UNITED STATES. **Cruzan...**, p. 41.

No mundo plural em que vivemos não há como identificar um padrão correto de comportamento, nem é possível dizer o que é bom ou ruim para um paciente. Nem sempre a nossa posição estará de acordo com os valores e desejos do outro e nem por isso podemos afirmar que uma posição é a correta e a outra a errada³³¹.

O respeito à posição pessoal reforça a dignidade. *“Aceitar que, perante a doença grave ou a grave diminuição da qualidade de vida, tanto é legítima a esperança fundada da pessoa doente, como a sua desistência”*³³². O que é ou não apropriado em matéria de fim de vida deve, pois, ser analisado de acordo com os valores do paciente, a quem cabe orientar e administrar sua vida, e não dos profissionais da saúde ou familiares do doente, sob pena de grave ofensa à dignidade pessoal.

Como reconhece Tepedino *“sob o prisma constitucional, a legitimidade da dramática decisão, em cada caso concreto, depende, exclusivamente, da concepção de vida digna que o próprio paciente ostenta”*³³³.

Os direitos fundamentais de liberdade, de que se falará mais detalhadamente no terceiro capítulo desse trabalho, nas suas especificidades, contemplam liberdade de desenvolvimento da personalidade, de crença, de valores. É assim que, o que pode ser bom para um pode ser nefasto para outro. Daí porque o respeito à pessoa e a sua consequente autonomia é um fundamento orientador da tomada de decisões, que atende exigências éticas. O direito à vida digna abrange, sem qualquer contradição, o direito à morte digna, com respeito às convicções pessoais mesmo durante esse processo de extinção da personalidade³³⁴.

³³¹ Aponta Santos: “Vivendo nós em sociedades seculares, o pluralismo moral é inevitável: não há uma única concepção do bem, ou do que deve ser uma vida «decente» ou moralmente correcta, não há uma única concepção do que os ingleses designam como uma *good life*, não há agora lugar para uma visão moral canónica, no sentido de ser indiscutível e de a todos dever abranger. ... De uma forma notável e simples, o conhecido médico e filósofo H. Tristan Engelhardt ... escreve que a tradicional Regra de Ouro que nos vem do Cristianismo - «Faz aos outros o que queres que te façam a ti» - não pode ser aplicada de modo cego a todos os seres humanos com quem convivemos, sob pena de se transformar numa regra de intolerância e desrespeito. Como as agendas de valores e expectativas diferem por vezes de modo radical, a Regra de Ouro da beneficência só pode ser: «Faz aos outros o que eles gostariam que lhes fizessem, mesmo que não concordes com as suas opções»”. SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento vital**: o que é? como elaborá-lo? Rio de Janeiro: Sextante Editora, 2011. p. 32.

³³² Cf. SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento...**, p. 33.

³³³ Cf. TEPEDINO, Gustavo; SHEREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 39, p. 17, jul./set. 2009.

³³⁴ Cf. TEPEDINO, Gustavo; SHEREIBER, Anderson. O extremo..., p. 9.

Nesses termos, a capacidade de decisão sobre a condução da vida de acordo com os valores construídos ao longo de toda a existência do ser humano deve ser reconhecida também com relação aos momentos finais de sua existência.

2.5.1 O respeito pela autonomia do paciente

A dignidade é um valor intrínseco da pessoa, como parte da humanidade e como sujeito autônomo e capaz de tomar decisões que é. Desconsiderar a capacidade da pessoa de se autogovernar é uma forma de desconsiderar o humano que há nela. Quando se fala em respeito à pessoa, pois, se fala de autonomia, de autodeterminação, que nada mais é do que o envolvimento da pessoa nas decisões que dizem respeito a sua vida, seu bem-estar e mesmo ao fim de sua existência.

O envelhecimento normal já é um período em que, por decorrência da diminuição da capacidade física e por vezes mesmo mental, a pessoa fica naturalmente mais vulnerável, o que não representa, *a priori*, que tenha sua capacidade intelectual, mental e psicológica comprometida de forma a perder seu direito de autodeterminação. A infantilização no tratamento do idoso é uma forma de diminuição da sua capacidade, que na grande maioria das vezes não corresponde à realidade e apenas auxilia e reforça a debilidade que começa a se instalar.

O aumento da expectativa de vida e a possibilidade cada vez maior de se alcançar idades bastante avançadas, ainda sem os cuidados prévios que serão necessários para a manutenção da mesma qualidade de vida do adulto ativo, acaba por impor restrições naturais, que podem ou não vir acompanhadas de doenças.

A doença, por sua vez, pode se instalar em qualquer fase da vida. A maior vulnerabilidade do paciente doente, em especial quando reconhecido a fase de terminalidade, não indica incapacidade de participação no processo decisório que diga respeito ao seu corpo e sua vida. O doente precisa ser ouvido e compreendido. A valorização da sua autonomia, nessa etapa final da vida, é um contributo para o reconhecimento da dignidade que lhe é própria.

As crenças pessoais do doente, suas vontades e, mais que isso, seus desejos, que correspondem a parte mais irracional do seu querer, precisam ser consideradas nas decisões que dizem respeito ao fim de vida. A pessoa que teve a liberdade de construir toda a sua vida e personalidade, deve poder chegar ao fim de sua existência igualmente,

com a possibilidade de conduzi-la, pois *“é a forma de viver o processo de morrer que coroa sua vida”*³³⁵.

Qualidade de vida diz respeito à percepção que a pessoa tem das situações que lhe cercam que, portanto, irão variar de acordo com as circunstâncias individuais e sociais do momento. Assim, mesmo diante de um processo de fim de vida, é possível a percepção de qualidade pela pessoa, na medida em que essa etapa transcorra de forma coerente com os conceitos e valores que pautaram toda a sua vida.

Vieira, em pesquisa realizada com uma mostra de 89 pacientes internados no núcleo de cuidados paliativos do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, utilizando-se de instrumentos de avaliação indicados pela OMS, tanto para avaliar a capacidade dos pacientes como sua percepção de qualidade de vida, constatou que esses pacientes mantêm a capacidade de tomada de decisão em seu melhor interesse e tem boa avaliação de sua qualidade de vida³³⁶.

O reconhecimento da autonomia do paciente e de sua capacidade de participação no processo de tomada de decisão, mesmo em circunstâncias difíceis como é a de um paciente terminal, tem implicação direta na sua percepção de qualidade de vida. Ou seja, o seu envolvimento nos processos de tomadas de decisão foi exatamente um dos fatores que contribuiu para a percepção de melhor qualidade de vida.

Um dos pilares da bioética é exatamente o respeito pela pessoa que implica no reconhecimento de sua autonomia. Retirar do paciente a possibilidade de interagir nas decisões que dizem respeito a sua vida, qualquer que seja a motivação, é diminuir sua importância e o dever de tratá-lo com a dignidade que lhe é conferida pela sua condição de ser humano.

Já foi analisado no capítulo primeiro desse trabalho que o paternalismo que dominava a relação médico-paciente está superado e necessita que profissionais da área

³³⁵ Cfr. MACIEL, Maria Goretti Sales. Aspectos..., p. 268.

³³⁶ Nesse sentido: “O escore Total da amostra foi de 60,49%, resultado este que representou o grau de percepção de qualidade de vida dos pacientes, baseado no instrumento WHOQOL-OLD. Destaca-se que mesmo internados em razão do estado avançado e incurável de sua doença e, na maioria dos casos, sem possibilidade de retorno a seus lares, ainda assim os pacientes tiveram uma boa avaliação de sua qualidade de vida. [...] O envolvimento dos pacientes em cuidados paliativos no processo de tomada de decisões pode ser avaliado pela capacidade evidenciada por todos os participantes e pelo resultado obtido no domínio Autonomia, do WHOQOL-OLD, que obteve um escore de 60,85%. Esses dois dados demonstraram a coerência dos resultados obtidos nesses dois diferentes instrumentos de pesquisa e da proposta de cuidados paliativos, em termos de teoria e prática associadas”. WITTMANN-VIEIRA, Rosmari; GOLDIM, José Roberto. Bioética e cuidados paliativos: tomada de decisões e qualidade de vida. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 25, n. 3, pp. 334-339, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-21002012000300003>>. Acesso em: 05 set. 2015.

da saúde reconheçam no paciente uma pessoa autônoma e livre que pode e deve interagir no processo de tomada de decisão nas questões relativas à sua vida e saúde.

Também quando instalado o processo de morte é importante a não infantilização do paciente, quer pelo médico, quer pela família, de forma a não mantê-lo ausente e alheio às decisões nesse momento. A negação desse momento pelo próprio doente pode representar uma dificuldade para sua integração. Mas a negação pela família pode representar o afastamento de alguém ainda apto a se autodeterminar, impedindo-o de expressar sua vontade em momento que lhe seria muito importante.

Naturalmente que, se a opção pelo paciente é de não envolvimento e de não tomar conhecimento da gravidade de sua situação, também esta deverá ser respeitada. Como referem Neves e Osswald *“o médico, servidor da verdade, deve fornecer ao seu doente a porção de verdade que este deseja, que pode integrar na sua vivência do mal que o aflige e o pode ajudar a ultrapassar a sua angústia existencial”*, reconhecendo que nem sempre expor toda a verdade pode ser benéfica³³⁷.

Mas o importante quando se fala em autonomia é saber que a medida é exatamente o paciente. Não deve ser o médico nem os familiares quem determinam o que pode ou deve ser dito e o que pode ou deve ser feito. A opção de interagir com o paciente deve sempre ser a primeira a ser tentada.

Atendimentos de urgência e com grave risco à vida da pessoa transferem para o profissional médico a decisão dos atos a serem tomados, que devem atender ao dever médico de buscar o bem e não causar o mal do paciente.

A teoria do consentimento informado, que implica no reconhecimento de uma nova relação médico-paciente com respeito à forma de vida e crenças deste, é mitigada nas situações de emergência que se apresentam. Naturalmente que não se espera que o profissional, quando em risco o bem vida, suste atos de atendimento para primeiro obter o consentimento de familiares próximos.

A decisão é toda do médico, que, considerando seu conhecimento técnico, sua capacidade e a projeção de benefícios, deverá empreender todos os esforços para o bem do paciente. O resultado muitas vezes pode ser imprevisível como, por exemplo, a manutenção do paciente em estado vegetativo ou com sequelas graves e permanentes, mas diante da incerteza, os esforços necessários deverão ser empreendidos. Em

³³⁷ Cfr. NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética...**, p. 196.

circunstâncias tais, o não envolvimento do paciente não implica em desrespeito a sua pessoa, senão que, é antes de tudo um dever do médico.

Porém, sempre que o procedimento necessário for eletivo ou que haja tempo prévio para se tratar da evolução da doença com manifestações do que gostaria, o dever do médico passa a ser o esclarecimento prévio e a observação da decisão do paciente. Reconhece-se como ideal a interação e o possível consenso com as orientações apresentadas.

2.5.2 A autonomia projetada: a diretiva antecipada como instrumento de manutenção da autonomia do paciente

Quando a manifestação não é mais possível, circunstâncias que pode ser previsível pela evolução da doença ou pode se apresentar de forma abrupta, a autonomia do paciente fica prejudicada, e a tomada de decisão é totalmente transferida para terceiro, seja o médico sejam familiares.

Em grande número de doenças é possível e até provável a perda da capacidade de comunicação e tomada de decisão, quando verificada a fase terminal. O mesmo ocorre na evolução de doenças degenerativas, como o Alzheimer que embora de evolução lenta e gradual, atinge, aos poucos, capacidades como memória, funções executivas, habilidades visuais-espaciais, linguagem, comportamento e personalidade, causando uma dependência total, anulando a autonomia e a capacidade de comunicação³³⁸.

A manifestação prévia de vontade para essas circunstâncias é uma das possibilidades de manutenção do respeito pela pessoa, suas crenças, valores e desejos expressados.

Qualquer pessoa capaz, em um exercício de empatia, pode constatar que não gostaria de chegar ao fim de uma existência transferindo decisões que dizem respeito a sua vida e a forma de viver, assim como de morrer, para terceira pessoa, que nem sempre partilha das mesmas crenças desenvolvidas ao longo da vida.

³³⁸ As autoras apresentam os dados da OMS no qual referem: “De acordo com o relatório de 2012 da Organização Mundial da Saúde (OMS), atualmente mais de 35 milhões de pessoas em todo o mundo têm demência, número que deverá duplicar em 2030 (66 milhões) e triplicar até 2050 (115 milhões). A doença de Alzheimer é a forma mais comum de demência, respondendo por 60% a 70% dos casos, não tem cura e não existem tratamentos aprovados que impeçam a progressão dos sintomas”. BURLA, Claudia et al. Envelhecimento..., pp. 90-91.

Igualmente, a capacidade atual permite projetar o fim de existência que se gostaria de ter, indicando dentro de determinadas circunstâncias quais seriam suas possíveis decisões.

Não se desconhece as dificuldades de expressão de vontade projetada, em especial para questões de natureza existencial como o são a vida e a morte.

No campo jurídico, instrumento similar de manifestação projetada de vontade ocorre com os testamentos, dirigido a disposições patrimoniais para depois da morte. Dificuldades na interpretação de cláusulas, alterações das situações fáticas entre o momento em que se projetou a divisão e o que ocorre à abertura da sucessão não são estranhos ao mundo do direito.

Sem dúvidas, um instrumento de projeção da vontade para momentos finais da existência apresenta uma centena de outros problemas, em especial porque partem de situações projetadas que dizem respeito à vida e que podem não ocorrer. Os percalços não podem ser um empecilho para a disciplina desses instrumentos.

Os quatro acórdãos analisados no primeiro capítulo dessa tese são bons exemplos do problema que a ausência de manifestações prévias pode causar. Em todos eles foram constatados a irreversibilidade do quadro clínico que impôs uma vida mantida artificialmente. As divergências familiares ou destas com a equipe médica/instituição de saúde aliada à ausência da posição segura do paciente foram o maior óbice para a autorização de suspensão de tratamento/suporte vital.

Saliente-se que nos quatro acórdãos houve o reconhecimento expresso da possibilidade da pessoa que possa se manifestar, recusar ou suspender um tratamento, bem como superaram o debate quanto a possibilidade de suspensão da alimentação e hidratação, qualificando-a nas situações limites, como tratamento.

As diretivas antecipadas de vontade têm por finalidade a manifestação da pessoa sobre os tratamentos que quer ou não se submeter se estiver em determinada situação de saúde que não mais permita sua manifestação expressa.

Em regra, é destinada à recusa ou à suspensão de tratamento, isso porque a tendência ainda hoje é de manutenção da existência corpórea da pessoa, com a utilização de todas as terapias disponíveis, tanto por decisão pessoal, como médica ou familiar. Assim, é lógico que o documento seja utilizado para manifestar a vontade contrária ao que ocorre.

A ideia de inviolabilidade da vida humana é dado significativo, tanto que a defesa da vida está inserida nos ordenamentos jurídicos dos Estados contemporâneos e é conduta acolhida pelo indivíduo. Seja pela compreensão de que a vida humana é valiosa por si, seja apenas por medo da morte desconhecida, é fato que a tendência é no sentido de prolongamento da vida. Daí, porque, a regra é que se preocupem em deixar uma manifestação expressa àquelas pessoas que busquem a restrição de tratamentos.

A pessoa pode, contudo, deixar claro que sua pretensão é de que todos os meios de tratamento disponíveis, mesmo que agressivos, sejam utilizados. Veatch reconhece que embora as diretivas tenham surgido no intuito de restringir tratamentos, as diferentes preferências de cada pessoa conduzem também à elaboração de diretivas insistindo nos tratamentos³³⁹.

Constata-se que foram as circunstâncias fáticas atuais, quais seja, o prolongamento irracional e em muitas vezes doloroso no processo de morte e o aumento da expectativa de vida sem qualidade associada, que levaram a alteração do comportamento social. Em muitos casos, ao vivenciarem um doloroso e prolongado período de fim de vida, a recusa ou suspensão de um tratamento passam a ser consideradas como uma conduta ética.

Assim, tanto para fins de recusa/suspensão como para solicitação de tratamentos, a manifestação deve ser clara. Não há presunção de que na ausência de manifestação a pessoa pretende que todos os esforços sejam empreendidos. Desta forma, como não gera presunção de conteúdo, qualquer que seja a posição da pessoa deverá ser manifestada.

Sabe-se que a opção pela recusa/suspensão de esforços sempre é uma decisão difícil a ser tomada. Mas a manutenção das funções vitais sem interação do paciente com a realidade que o cerca pode ser muito mais degradante.

De toda sorte, uma decisão por recusa/suspensão de tratamentos, retirada de aparelhos, atinge diretamente bens fundamentais da pessoa, de forma que, somente a

³³⁹ Referindo-se ao modelo proposto pela Euthanasia Educational Council, o autor aponta: "The model implies that one type of refusal is the answer for all persons and that refusing treatment was the only thing one would ever want to do. (Now we understand that people may have varying and idiosyncratic preferences regarding terminal care – including a desire to have aggressive life support continue. They may consider writing a directive insisting on treatments)". (Livre tradução: "O modelo implica que um tipo de recusa é a resposta para todas as pessoas e que a recusa de tratamento era a única coisa que iriam querer fazer. (Agora entendemos que as pessoas podem ter diferentes e idiossincráticas preferências sobre cuidados terminais - Incluindo um desejo de ter suporte de vida agressivo continuado. Podem considerar escrever uma diretiva insistindo em tratamentos)"). VEATCH, Robert M. **The Basics...**, p. 104.

ela e em função de sua própria dignidade deve ser conferido o direito de decidir nesse sentido. Em sendo assim, a ausência de uma manifestação prévia pode impor a manutenção de uma situação contrária à concepção de vida do paciente.

A situação que se apresentou nos acórdãos analisados nessa tese foi a de reconstruir pelas informações sobre comportamento, preferências, manifestações, a personalidade e o estilo de vida apresentados pela pessoa, de forma a retratar a vontade, e assim presumindo qual a decisão que seria tomada nas situações clínicas que se apresentaram. Na ausência da manifestação expressa, somente com essa reconstrução seria possível *“tutelar a dignidade humana também naqueles instantes de extrema fragilidade, a serem vistos não como esgotamento, negação ou antítese, mas como simples extremo da vida”*³⁴⁰.

Para a elaboração de uma diretiva antecipada de vontade em matéria de cuidados da saúde, necessário a elaboração psicológica da finitude da vida e a admissão que isso pode acontecer com a própria pessoa, acostumada a somente ver a morte no outro.

Esse enfrentamento, na sequência natural da vida, acaba acontecendo quando a pessoa atinge uma idade avançada e o corpo e/ou a mente começam a apresentar sinais de decrepitude. Nessas circunstâncias é mais comum de se verificar a preocupação com questões relativas ao final da vida.

Outra circunstância importante de ser mencionada é que as pessoas que passaram por situações de fim de vida prolongado junto a parentes ou amigos próximos, ou por razões profissionais, tendem a ter a mesma preocupação e, por isso, veem as diretivas como um importante instrumento³⁴¹.

Fora isso, uma doença que chega ao seu estágio terminal, se houver a aceitação do doente a esse fato, também permite que projete as situações pelas quais passará e o que quer ou não que seja feito.

Um grande número de jovens ao qual a utilização do documento teria favorecido não tem essa preocupação. Quando se é jovem e saudável há muita dificuldade em crer em um fim de vida sofrido e doloroso ou na possibilidade de permanecer por anos sobre

³⁴⁰ Cfr. TEPEDINO, Gustavo; SHEREIBER, Anderson. O extremo..., p. 17.

³⁴¹ Reportagem produzida pela revista Veja, no Brasil, no ano de 2012, quando da edição da Resolução nº 1995 pelo Conselho Federal de Medicina, abordava o interesse de efetivar as DA's. Chama a atenção que os entrevistados ou eram da área médica e conviviam com situações de fim de vida prolongado ou degradante, ou tinham passado por essa situação com familiares.

LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natália. O direito de escolher. **VEJA**, São Paulo, v. 45, n. 2286, pp. 98-106, 12 set. 2012.

uma cama, sem movimentos ou interação. São eles, no entanto, os que estão mais sujeitos a permanecerem em coma prolongado, quer porque tendem a se sujeitar a situações de maior risco, quer porque são fisicamente mais fortes, com condições clínicas de resistirem ao tratamento por mais tempo, mesmo em estados de coma persistente.

Sem dúvida um dos problemas que se depara é o fato de que se trata de um documento de projeção de vontade, a ser realizado sem uma base fática real. Como refere Osswald *“a antecipação é do ponto de vista psicológico, uma impossibilidade, já que não é possível ter a experiência prévia das circunstâncias que serão vividas quando se concretizar a situação hipotética que pretende ‘antecipar’”*³⁴². A pessoa que se encontra saudável terá dificuldade de prever a gama de possíveis circunstâncias que poderá se apresentar em situações de fim de vida.

É bem possível que o conteúdo acabe por se esvaziar, tanto por não ocorrerem as situações previstas, como porque até que se apresente o momento da utilização das diretivas, a evolução médico-científica já tenha superado, com competência, esses problemas.

Daí porque se movimenta no sentido de que as diretivas possam ser uma manifestação dos interesses, valores e desejos da pessoa, e não uma listagem de procedimentos aceitos ou não.

Mais ainda, a realização de um plano de tratamento quando do diagnóstico de uma doença grave, neurológica ou não, é bastante adequado, pois seria realizado dentro de uma situação fática existente. Nesse sentido, seria possível projetar diante de uma realidade e em interação com o profissional da saúde que acompanhe o caso várias circunstâncias e o que pode ser feito em cada uma delas.

O planejamento antecipado do cuidado (*advanced care planning*), desta forma, é um documento a exemplo das DA's que permite a manifestação prévia, porém com base fática mais assentada, e com interação do profissional da saúde e o paciente³⁴³.

Rich relata ainda outra modalidade de diretivas que denomina de «diretivas médicas», que segue na linha do planejamento de cuidados. O novo modelo foi proposto ainda em 1989, por dois médicos, ao constatarem os problemas dos modelos até então existentes tendo como vantagem a interação do médico no processo.

³⁴² Cfr. OSSWALD, Walter. Limites..., pp. 151-160.

³⁴³ Cfr. NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas..., p. 248.

Para tanto é proposto um gráfico, com vários eixos verticais e horizontais. Em um desses eixos são expostos vários cenários que podem acontecer, em todos eles pressupondo a falta de condições do paciente em manifestar sua decisão. Para cada um dos cenários propostos, o paciente manifesta sua vontade previamente.

As situações são assim descritas:

A. Se eu estou em coma ou estado vegetativo persistente e, na opinião do meu médico e dois consultores, não há nenhuma esperança de recuperar a consciência e as funções mentais superiores, não importa o que seja feito, então os meus desejos, se forem considerados clinicamente razoáveis, seriam [...]

B. Se estou em estado de coma, e com uma pequena probabilidade de recuperar plenamente, um pouco maior probabilidade de sobreviver com danos cerebrais permanentes, e maior probabilidade de morrer, então os meus desejos, se forem considerados clinicamente razoáveis, seriam [...]

C. Se eu tiver uma lesão cerebral ou alguma doença cerebral que não pode ser revertida, o que me faz incapaz de reconhecer as pessoas, ou de falar compreensivelmente, e eu também tenho uma doença terminal, como câncer incurável, que provavelmente será a causa da minha morte, então os meus desejos, se forem considerados clinicamente razoáveis, seriam [...]

*D. Se eu tiver uma lesão cerebral ou alguma doença cerebral que não pode ser revertida, o que me faz incapaz de reconhecer pessoas, falar significativamente com eles, ou viver de forma independente, mas eu não tenho nenhuma doença terminal, então os meus desejos, se forem considerados clinicamente razoáveis, seriam [...]*³⁴⁴.

³⁴⁴ No original: "In 1989, two physicians described a new form of advance directive that placed the physician at the center of the advance care planning of patients. After noting the anomalies surrounding the statutorily recognized forms of advance directive, as discussed above, these physicians moved immediately into an explanation of their new and significantly improved version. The Medical Directive, as they referred to it, is comprehensive in that it actually brings together several different advance care documents into one package. It incorporates an indication of preference with regard to organ donation, designation of a health care proxy, and a personal statement elucidating the individual's goals and values concerning the limits of life and the goals of treatment. The unique feature of the directive is that it is formatted essentially as a chart, with horizontal and vertical axes. Along one axis in the original version are four different medical scenarios—grave medical conditions that may or may not be terminal, each of which leaves the patient permanently decisionally incapacitated. The situations are described as follows:

A. If I am in a coma or a persistent vegetative state and, in the opinion of my physician and two consultants, have no known hope of regaining awareness and higher mental functions no matter what is done, then my wishes regarding use of the following, if considered medically reasonable, would be [...]

B. If I am in a coma, and I have a small likelihood of recovering fully, a slightly larger likelihood of surviving with permanent brain damage, and a much larger likelihood of dying, then my wishes regarding the use of the following, if considered medically reasonable, would be[...]

C. If I have brain damage or some brain disease which cannot be reversed and which makes me unable to recognize people, or to speak understandably, and I also have a terminal illness, such as incurable cancer which will likely be the cause of my death, then my wishes regarding the use of the following, if considered medically reasonable, would be[...]

Ao longo dos outros eixos é listada uma série de intervenções médicas, das mais invasivas como ressuscitação cardiopulmonar às menos invasivas como medicação para a dor, que o paciente pode indicar para cada situação exposta. Os eixos servem como paradigmas. Fazem com que as pessoas pensem sobre as várias situações possíveis e, mais importantes, aproximam o médico do paciente, uma vez que exigem discussão sobre cada um dos cenários.

O modelo de diretiva antecipada proposto em Portugal, de certa forma, segue essa lógica, embora sem correlação entre as possíveis situações em que devem ser utilizadas e os tratamentos propostos³⁴⁵. Ainda, não há obrigatoriedade de orientação médica para serem realizados.

Sem dúvida, o acompanhamento médico seria primordial para a elaboração desses documentos, seguindo a ideia da necessidade de esclarecimento e informação, de forma que a pessoa saiba quais os riscos e benefícios do tratamento que está aceitando ou recusando.

Mesmo recomendado, ainda não se tornou usual ter o acompanhamento médico na realização de uma DA. Os médicos não estão preparados para esse tipo de atendimento, tão pouco é atividade com remuneração prevista de forma a incentivar essa participação.

Com isso o que se vê é o preenchimento de formulários padrão que podem não corresponder às reais vontades da pessoa, ou mesmo com indicações de procedimentos sem conhecimento satisfatório dos possíveis resultados, e que podem até mesmo serem contraditórios entre si.

Não por outra razão que em Portugal há previsão de validação da diretiva apresentada, antes de seu registro público, para garantir a inexistência de inconsistências clínicas que possam gerar problemas na sua execução³⁴⁶.

No que diz respeito à nomeação de um procurador para cuidados de saúde, as críticas também se apresentam. As decisões que estão em jogo dizem respeito à vida e

D. If I have brain damage or some brain disease which cannot be reversed and which makes me unable to recognize people, to speak meaningfully to them, or to live independently, but I have no terminal illness, then my wishes regarding use of the following, if considered medically reasonable, would be[...]" RICH, Ben A. Advance..., p. 88.

³⁴⁵ Cfr. Modelo em SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSepe). **RENTEV**: Registo Nacional de Testamento Vital. Disponível em: <<http://spms.min-saude.pt/product/38732/#product-documents>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

³⁴⁶ Cfr. Circular Informativa nº 05/2004 - SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSepe). **RENTEV**: Registo Nacional de Testamento Vital. Disponível em: <<http://spms.min-saude.pt/product/38732/#product-legal>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

integridade da pessoa, direitos personalíssimos que como tal devem ser exercidos pela própria pessoa, quando maior e capaz. Não há, pois, como ser atribuído a terceira pessoa a representação desses direitos da esfera íntima e pessoal.

Em verdade, o que se pretende aqui é apenas delegar a manifestação da vontade própria. Vale dizer, o «procurador» deve ter o cuidado de retratar fielmente a vontade deste.

As vantagens dessa indicação são evidentes. A terceira pessoa que tenha conhecimento dos valores e desejos do mandatário teria condições de manifestar a decisão que este tomaria, ponderando os elementos de seu conhecimento com a situação concreta.

Também há de se reconhecer que a autonomia estaria preservada na medida em que esse procurador seria indicado pela pessoa. Saliente-se que, em caso de incapacidade para se manifestar e ausência de manifestação prévia ou indicação de quem fale por si, todas as decisões recaem sobre parentes, que embora possam ser próximos nem sempre são os que compartilham as mesmas crenças, podem divergir entre eles, ou mesmo ter dificuldades para decisões que possam parecer mais dramáticas e agressivas, justamente pelos laços afetivos envolvidos. Ainda, a decisão pode ficar a cargo apenas dos profissionais de saúde que podem não saber nada sobre o paciente.

Desta forma, mesmo quando sejam feitas as diretivas de tratamento é prudente que seja nomeado o procurador que irá adequar a manifestação à situação fática real e suprir lacunas que possam não ter sido previstas.

A figura do «*durable power of attorney*», traduzido para o português como «mandado duradouro» surge nos Estados Unidos da América com a qualificação de duradouro justamente para dar a indicação da manutenção de validade da indicação mesmo diante da perda da capacidade do mandante, ou melhor, exatamente em razão dessa incapacidade, temporária ou não³⁴⁷.

Em Portugal, optou-se por denominar de «procurador para cuidados de saúde», mas também com previsão de um mandado para o momento de incapacidade do outorgante, conforme estabelece o artigo 12º da Lei que regula as diretivas, e tendo por objeto decisões em matéria de cuidados de saúde apenas.

³⁴⁷ Nesse sentido ver: PONA, Éverton Willian. **Testamento...**, pp. 49-50.

Outro problema que se apresenta com relação às diretivas é o acesso à informação quando se fizer necessário, observado naturalmente, questões referentes à privacidade do paciente e à confidencialidade dos dados. De toda sorte, para que se possa cogitar da eficácia do documento é necessário o conhecimento de sua existência.

A criação de registros públicos desses dados é um caminho necessário para se conferir essa garantia, a exemplo do Registro Nacional de Testamentos Vitais - RENTEV, de Portugal, em funcionamento desde o ano de 2014. Uma vez validada a manifestação, ela será anexada ao processo clínico do outorgante permitindo o acesso pelo médico responsável pelo atendimento, quando a situação de incapacidade de manifestação se fizer presente³⁴⁸. Por se tratar de um registro nacional, permite o acesso em qualquer localidade do país que o paciente seja atendido, o que facilita o seu conhecimento.

Naturalmente que, estando fora do país, o conhecimento e acesso somente seria possível mediante a apresentação, e seu cumprimento sujeito a confirmação das diretivas de acordo com a legislação local.

No Brasil, a resolução 1.995/2012 do CFM que disciplina a matéria, prevê que as manifestações comunicadas sejam anotadas em prontuário médico. Embora possa se reconhecer a praticidade da medida, apenas terão eficácia no desenrolar da situação médica que levou à internação e em possíveis internações subsequentes, já que os prontuários médicos são restritos às instituições hospitalares respectivas, isto é, os dados não são compartilhados com outras instituições de atendimento da saúde.

Afora isso, Dadalto desenvolveu um site que trata de temas relacionados às diretivas antecipadas de vontade e criou o que denomina de primeiro registro dos testamentos vitais do Brasil, ao qual deu o mesmo nome português de RENTEV. Pelo site é possível registrar as manifestações e ter acesso a elas por meio de uma senha, que recomenda que seja fornecida à pessoa de confiança. De acordo com as próprias informações do site, o acesso só é conferido ao paciente e a quem ele previamente repassar a senha. Há recomendação de que o documento seja registrado, também em cartório notarial, medida igualmente sem maior eficácia com vistas a publicidade de sua

³⁴⁸ O sistema de saúde português permite o acesso ao processo clínico de cada utente, no qual ficam registrados todos os atendimentos realizados. Em consulta ao sistema será sinalizada a existência de documento de diretivas antecipadas. Pode ser acessado nos hospitais públicos e particulares do país. O Portal do Utente integra a plataforma de dados da saúde e facilita a partilha das informações entre o usuário e as entidades prestadoras de serviço de saúde do país. Nesse sentido, informações contidas no site do Ministério da Saúde. PLATAFORMA DADOS SAÚDE (PDS). **Portal do utente:** integração na Plataforma de Dados da Saúde (PDS). Disponível em: <<https://servicos.min-saude.pt/utente/Info/Portal/About>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

existência, além de implicar em burocratização do documento³⁴⁹. Cabe ressaltar que se trata de um registro particular e não vinculado a nenhuma instituição, sem maiores garantias de privacidade e confidencialidade dos dados, até mesmo pela forma de acesso prevista³⁵⁰.

Mesmo sendo objeto de severas críticas e nem sempre passíveis de serem utilizadas, manifestações prévias de vontade, que indiquem as diretrizes a serem adotadas nas circunstâncias passíveis de serem projetadas no momento de sua realização, são um instrumento que deve ser valorizado como forma de manutenção da autonomia pessoal e de respeito à pessoa.

Não se desconhece que, mesmo nos países em que há disciplina legal para esses atos há mais tempo, a utilização desses documentos ainda não é significativa.

A utilização das DAVs exige uma mudança cultural. Para sua confecção é necessário encarar discussões sobre tema do qual se prefere deixar de lado, como são as questões de doença e morte.

Assim, o primeiro desafio que se apresenta é que esse tipo de manifestação não seja visto como algo ruim, que pode atrair a morte, mas sim como um instrumento de exercício dos direitos de liberdade e autonomia da pessoa.

Como já se referiu, a preocupação em direcionar as decisões de fim de vida surge quando se passa por situação similar. Assim como a morte, também o processo de morrer, só se conhece pelo outro. Considerando que o número de situações de fim de vida prolongada e com sofrimento é um dado que tem aumentado, maior será o número

³⁴⁹ Sobre essa questão, Dadalto defende que deveria haver um registro nos moldes do previsto em Portugal e Espanha. Refere, contudo, que esse procedimento deveria seguir as recomendações do Registro Central de Testamento do Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, que objetiva um registro único de testamentos naquele estado. Reconhece que para esse fim, as diretivas só poderiam ser feitas por escritura pública. Salienta-se que a publicidade que se espera desses documentos, qual seja, acessível aos profissionais da saúde, não devem vir vinculadas a serviços notariais, mas possuir registro vinculado aos sistemas de saúde.

Nesse sentido: DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v.15, n.80, pp. 60-69, out./nov. 2013.

A questão da forma e da publicidade será tratada com maior acuidade no capítulo quarto dessa tese.

³⁵⁰ Consta na página inicial as seguintes informações: “Este portal foi desenvolvido pela pesquisadora Luciana Dadalto com o propósito de centralizar informações sobre o tema além de criar o primeiro registro nacional de testamentos vitais (RENTEV). O portal é um espaço de discussão acerca da temática, de publicação de trabalhos realizados e de coleta de dados, enfim, uma fonte de informações sobre o tema para leigos, estudantes e profissionais do direito e da saúde. Além disso, nossa proposta é que toda pessoa que tiver um testamento vital archive o formato digital no RENTEV. Para o envio é necessário um cadastro prévio, com a criação de um login e uma senha. Assim, caso a pessoa deseje, pode passar estes dados para um responsável por informar à família e aos médicos acerca da existência deste documento e como acessá-lo. Contudo, recomendamos que o testamento vital seja registrado também num cartório de notas à escolha do declarante”. TESTAMENTO VITAL. **Sobre o portal**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/sobre-o-portal/>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

de pessoas que, ao enfrentar essas situações com parentes ou amigos, passará a questionar seus próprios limites e avaliar seus desejos para os momentos finais. Em razão disso, pode-se pensar em um aumento no interesse de manifestações dessa natureza.

Aliás, confrontando dados publicados em textos em períodos diversos, embora não indiquem percentuais sobre a mesma base, já é possível afirmar que houve sim um incremento da utilização de instrumentos dessa natureza nos Estados Unidos.

No texto de Rich publicado no ano de 1998, refere que embora as diretivas estivessem à disposição dos pacientes nos Estados Unidos mesmo antes da edição do PSDA, menos de 10% da população adulta teria executado algum tipo de diretiva³⁵¹. Já no texto de Nunes e Anjos, do ano de 2014, há referência de que a popularidade das DAV vem crescendo, com indicação de que nos EUA 70% dos idosos formalizaram uma diretiva³⁵². Concluem as autoras que *“apesar de suas dificuldades tudo indica que sua utilização será cada vez maior, o que faz com que o foco do debate se desloque para seu uso de maneira efetiva”*³⁵³.

O objetivo dessa tese é perquirir sobre os fundamentos constitucionais das diretivas antecipadas de vontade, que permita inserir esses documentos nos ordenamentos jurídicos. Para tanto, o conteúdo dessas disposições deve estar adequado às legislações do país onde forem emitidas. Por esse motivo, embora a pesquisa tenha conduzido para referência sobre situações que colocam na pauta decisão de antecipar ou não o momento da morte, não se pretende a defesa e imposição do reconhecimento legal dessas práticas.

É importante que se deixe claro a ausência de ligação entre as diretivas antecipadas e práticas de eutanásia ou suicídio assistido. Ambos os debates são importantes, e o reconhecimento da possibilidade de, por decisão consciente em situações de fim de vida, poder optar pela antecipação desse momento certamente que amplia a esfera de autonomia da pessoa. Mas também se reconhece que esses temas são polêmicos e como tal, a vinculação dos debates pode criar problemas que na verdade não dizem respeito às DA's, instrumentos de exteriorização da autonomia, que terão efeitos em momento que esta seria retirada da pessoa, por incapacidade superveniente.

³⁵¹ Cfr. RICH, Ben A. Advance..., p. 63.

³⁵² Cfr. NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas..., p. 243.

³⁵³ Cfr. NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas..., p. 249.

As diretivas antecipadas de vontade dirigem-se a manifestações de cuidados de saúde que estejam conformadas nos ordenamentos jurídicos, vale dizer, que não os afrontem. Não há ligação entre eutanásia e/ou suicídio assistido e diretivas antecipadas, embora possam ser estabelecidas como cláusula em países que reconhecem essas práticas.

Esta tese, pois, pretende contribuir com sugestões de uma dogmática jurídica que permita assegurar a validade desses documentos, sempre que passíveis de utilização, reconhecendo-os como importante instrumento de garantia da autonomia pessoal e da dignidade humana.

Capítulo Terceiro - FUNDAMENTAIS DIREITOS DA PESSOA HUMANA: VIDA, LIBERDADE E AUTONOMIA

3.1 Direitos do homem, fundamentais e de personalidade

Ao longo do tempo, houve o reconhecimento expresso de direitos do homem que são próprios e inerentes a sua condição humana. Tratam-se de direitos básicos em razão da sua condição humana, acolhidos por entidades internacionais e incorporados nas legislações internas dos países ocidentais.

Assim, pode-se dizer que os direitos humanos e fundamentais são conferidos ao homem por sua condição humana ou, como refere Miranda, *“direitos do homem, só por ser homem, e direitos que, por isso mesmo, são comuns a todos os homens”*³⁵⁴.

Apesar de serem comumente utilizados como sinônimos os termos «direitos humanos» e «direitos fundamentais» possuem significados distintos. A doutrina faz a diferenciação utilizando o termo «direitos humanos» para direitos de uma dimensão mais ampla e estabelecidos no plano internacional, enquanto que a expressão «direitos fundamentais» é utilizada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional de determinado Estado que, embora com uma delimitação espaço-temporal³⁵⁵, adquirem uma eficiência maior por dispor não só dos direitos dos indivíduos, mas de sua relação com o Estado.

Na área civil, os direitos individuais existenciais são reconhecidos como direitos de personalidade, igualmente concedidos à pessoa em razão de sua condição de ser digna.

A ideia do homem como o centro em torno do qual deve o Estado atuar respeitando, protegendo e promovendo o desenvolvimento de cada um é relativamente nova, como é nova a ideia de pessoa como um sujeito de direitos.

³⁵⁴ Ensina Miranda: “Na linguagem corrente, fala-se principalmente em direitos do homem. E não é por acaso que isso sucede: não apenas porque da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 à Declaração Universal dos Direitos do Homem se desenvolve o percurso decisivo na aquisição jurídica dos direitos fundamentais como porque a expressão traduz bem a ideia de direitos do homem [...]”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 14.

³⁵⁵ *Crf.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

A era dos direitos do homem já está tão arraigada nas sociedades contemporâneas que nem nos damos mais conta do quanto ela é recente e esquecemos o longo caminho percorrido para que se estabelecesse³⁵⁶.

Nas lições de Norberto Bobbio, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são históricos e, por conseguinte, fruto de lutas por novas liberdades em contraposição a poderes, surgidos, portanto, de maneira gradual, “*não todos de uma vez e nem de uma vez por todas*”³⁵⁷.

Os direitos do homem despontam quando do reconhecimento de que o ser humano tem direitos que lhes são invioláveis e que devem ser respeitados pelos demais indivíduos e pelo Estado, este assumindo também o dever de proteção.

Miranda explica que a preferência pelo termo «direitos do homem»³⁵⁸ já deixa clara a vinculação desses direitos com o indivíduo e não com o Estado, embora a finalidade seja conter a intromissão do Estado na esfera pessoal do indivíduo.

Estabelecem “*um mínimo ético universal ou para-universal*”³⁵⁹, ou seja, elencam direitos primordiais, que em regra passam para a condição de direitos fundamentais.

³⁵⁶ Nesse sentido refere Ascensão: “A civilização dos direitos é evidente aos olhos do homem de hoje, mesmo do homem comum da nossa civilização. Tão evidente que ele dificilmente se dará conta que essa civilização é muito recente. Explode no séc. XVIII, que é o século da grande viragem do ocidente. E explode radicalmente: a uma sociedade em que a ordem política apelava aos deveres dos cidadãos sucede-se uma sociedade em que se apela aos direitos. Há uma passagem da comunidade sociopolítica, de comunidade de deveres para comunidade de direitos; e até, nas formas mais adiantadas, comunidade de direitos sem deveres. Pelo menos, os deveres ocupam um lugar recuado, perante essa categoria nuclear que é representada pelos direitos humanos ou direitos do homem. Já lá vão mais de dois séculos de expansão contínua. Neste domínio o traço marcante foi a noção de progresso, que se futurava ilimitado e sustentava a soberania do homem. Implicou muitos aspectos positivos, como aliás os há em todas as épocas históricas”. ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. (Coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 2.

³⁵⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

³⁵⁸ Miranda apresenta a preferência de Paulo Otero pelo termo «direitos humanos» em razão de que se concentraria no estatuto da pessoa humana que é essencial. Rebate, contudo, referindo que “o próprio termo «direitos humanos» não pode servir para a defesa da pessoa humana (tal como «dignidade humana» e não «dignidade da pessoa humana»), por poder inculcar direitos inerentes à Humanidade ou ao género humano e não a todas e cada uma das pessoas humanas”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 16.

Paulo Otero sustenta sua opção por «dignidade humana» referindo que a expressão não guarda sentido transpersonalista ou se refere à humanidade como entidade coletiva como se lhe imputa. Para o autor “«dignidade humana» não é sinónimo de «dignidade da humanidade», além do que, considera o termo «pessoa humana» um termo ambíguo, que por isso “susceptível de conduzir a uma amputação do campo de protecção e garantia da dignidade do ser humano.” Cfr. OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 375-376.

Esta tese, pois, acolhendo o argumento de Miranda, adota o termo «direito do homem» e «dignidade da pessoa humana».

³⁵⁹ Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 15.

Destaca-se, ainda, a internacionalização desses direitos, que com isso ganha o caráter de universalidade e o reconhecimento de que se estendem a todos³⁶⁰.

O reconhecimento desses direitos é um marco na tentativa de estabelecer uma sistemática de atendimento, proteção e cuidado da pessoa. Assenta o indivíduo no centro do ordenamento, em prol de quem as atividades estatais, em especial, deverão ser direcionadas.

Para Alexy, os direitos do homem distinguem-se dos demais pela combinação de cinco qualidades essenciais, quais sejam: universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos³⁶¹. Necessário que essas características sejam identificadas no seu conteúdo, evitando inclusões demasiadas que apenas enfraqueçam os direitos do homem. O autor procura esclarecer cada uma das importantes características que conjugadas indicam a natureza do direito como um direito do homem.

A universalidade consiste em considerar que esses direitos cabem a todos os homens. Para fins de delimitação, acolhe o conceito biológico de homem e o considera de forma individualizada. Pretende com isso limitar o que denomina de uso inflacionário da expressão «direito do homem», que em nada contribuiria para a matéria. Desta forma, grupos, comunidades e Estado, embora compostos por homens, não são os destinatários dos direitos de que se trata. Reconhece que quando esses grupos, comunidades e Estados aparecem como titulares desses direitos, embora possam haver fundamentos para esse fim, ainda assim permanecem como direitos do grupo, da comunidade ou do Estado. Isso porque a intenção original dos direitos do homem é a proteção do particular, ainda que esse indivíduo esteja vinculado à comunidade³⁶².

A moralidade é indicada no sentido de que se tratam de normas que aceitam um fundamento racional, isto é, que podem ser justificadas perante cada um, independentemente de ser uma norma de direito positivo³⁶³. Preferenciais, pois exigem

³⁶⁰ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 4: pessoas. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 135.

³⁶¹ Cfr. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 206, 1999.

³⁶² Cfr. ALEXY, Robert. *Direitos...*, pp. 207-208.

³⁶³ Esclarece o autor: "Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos, sua validade, porém, não pressupõe uma positivação. Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada. Direitos do homem existem, com isso, exatamente então quando eles, no sentido apresentado, podem ser justificados perante cada um". ALEXY, Robert. *Direitos...*, p. 208.

um direito positivo que os respeite, proteja e fomenta³⁶⁴. Fundamentais, pois devem tratar de interesses e carências que devam ser protegidos pelo direito, ou seja, cuja necessidade de respeito se sobreponha, estando em patamar de supremacia sobre os demais³⁶⁵. Por fim, como quinta marca característica dos direitos do homem, Alexy indica o fato de serem direitos abstratos, passíveis de serem restringidos mediante ponderação apenas no caso concreto³⁶⁶.

O reconhecimento desses direitos do homem e dos fundamentais estão intimamente ligados com o surgimento e fortalecimento do constitucionalismo, que também funciona como balizador e limitador do poder do Estado. Foram as declarações de direitos do homem que deram origem ao constitucionalismo moderno. Por meio de declarações expressas firmaram-se os direitos fundamentais individuais e a limitação dos poderes do Estado.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789³⁶⁷, na sequência da Revolução Francesa, expressa o reconhecimento desses direitos básicos e da ligação com o constitucionalismo que na sequência viria a se firmar. As tensões entre indivíduo e coletividade já se apresentavam nos ideais revolucionários, na sua tríplice bandeira: liberdade, igualdade e fraternidade³⁶⁸. Essa mesma declaração deixa patente a estrutura

³⁶⁴ Refere o autor: “O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, senão a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é exatamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observação aos direitos do homem é uma condição necessária para legitimidade do direito positivo. [...] Essa prioridade necessária é a terceira marca definidora dos direitos do homem”. ALEXY, Robert. *Direitos...*, pp. 208-209.

³⁶⁵ Para o autor “a fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial”. ALEXY, Robert. *Direitos...*, p. 209.

³⁶⁶ De acordo com o autor, a característica da abstração “se mostra mais claramente na necessidade de sua restrição ou limitação que, por direitos de outros e pelo mandamento da conservação e fomento de bens coletivos como, por exemplo, da proteção do meio ambiente, é exigida. Qual restrição é admissível pode, no fundo, ser determinada apenas por ponderação. A aplicação dos direitos do homem em casos concretos pressupõe, com isso, ponderações”. ALEXY, Robert. *Direitos...*, p. 209.

³⁶⁷ Ao tratar da declaração de direitos de 1789 refere Canotilho: “Daí que se procurasse distinguir entre direitos do homem e direitos do cidadão: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, pp. 393-394.

³⁶⁸ Leciona Borja: “Pois ali naquela síntese traduzia-se o paradoxo do homem no seu individualismo, contraposto ao homem na sua inserção como *zoon politikon*. [...] A tríade francesa, através de uma figura justa e perfeita, tentava conciliar estes opostos da contingência humana através da convergência que era feita pelo amor fraterno que deveria orientar os homens para conciliar as áreas privada e pública”. BORJA, Sérgio. *Direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 232, 1999.

organizacional do Estado Constitucional ao referir a necessidade de uma constituição que estabeleça a separação dos poderes e a garantia dos direitos³⁶⁹.

Não foi a primeira³⁷⁰ nem a última das declarações de direito do homem, mas pode-se ter por marco considerando a relevância dos ideais postos, conferindo a igualdade entre os homens, que nada mais representa do que o reconhecimento de que todos são iguais em dignidade e direitos, pelo fato de serem pessoas humanas³⁷¹.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, do ano de 1948³⁷², por sua vez, é o documento que contém, de forma sintética, as regras mais elementares que devem reger a convivência das pessoas e Estados, interna e externamente, reconhecendo a necessidade de garantia dos direitos individuais fundamentais do homem. Embora apresentada como declaração, considerando o seu conteúdo, dirigido à proteção do ser humano, é reconhecida como de efeito vinculante, direcionando seus valores para os ordenamentos estatais internos³⁷³.

³⁶⁹ O art. 16º da declaração deixa clara a ligação dos direitos fundamentais com o constitucionalismo. Nesse sentido, transcreve-se:

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. 1789. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 jun.2016.

³⁷⁰ Borja refere: “Nessa linha de evolução constata-se que as primeiras declarações v.g. a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, outorgada em 15 de junho daquele ano, por João Sem Terra, sendo a primeira precursora e antecedente direta de todas as Declarações de Direito, no entanto, conforme nossa tese, manifestava estes direitos de forma estamental e não como direitos difusos a toda uma população. Assim foram, da mesma forma, as declarações inglesas que se seguiram: Petição de Direito de 7.06.1628 e a Declaração de Direitos de 13.02.1689”. BORJA, Sérgio. *Direitos...*, p. 230.

Nessa mesma linha, Canotilho reconhece que essas primeiras declarações, embora contivessem direitos estamentais, já forneciam abertura para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, p. 382.

³⁷¹ Para Cavalcante Filho a Revolução Francesa, embora cronologicamente seja a última das grandes revoluções, foi a que popularizou a defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido ver: CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 04 jun. 2016.

³⁷² GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO (GDDC). **Carta Internacional dos Direitos Humanos**: Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

³⁷³ Leciona Santos Junior: “[...] sem dúvida alguma, o marco histórico para uma concepção moderna dos Direitos Humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948. Foi nessa época que a comunidade internacional reunida compreendeu a necessidade de uma intervenção mais direta em prol dos seres humanos, relativizando as soberanias estatais, face os horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial, travestidos, inclusive, de legalidade. [...] Embora proclamada e alegada como marco histórico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi concebida a priori, como carta de intenções dos países membros da Organização das Nações Unidas, como uma recomendação. Para o Direito Internacional, as declarações não possuem caráter vinculante, diferentemente dos tratados, que são concebidos com caráter normativo, é dizer, de observação obrigatória pelos Estados-partes. Nesta senda, as declarações, quando aprovadas, surgem como uma diretriz política de ação estatal. [...] Assim, no

Bobbio afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova por meio da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e reconhecido, tendo em vista o assentimento de todos acerca da sua validade. Segundo o autor:

Um sistema de valores é - pela primeira vez na história universal -, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado^{374 375}.

Piovesan explica que houve uma «juridicização» da Declaração para que seus dispositivos fossem reconhecidos como previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias no âmbito do direito internacional. Esse processo seria o resultado da elaboração de dois tratados internacionais, quais sejam – O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁷⁶.

Salienta-se que, conforme assegura Piovesan, não há uma pretensão de que esses documentos internacionais substituam o sistema nacional. Ao contrário, esses documentos são posicionados como direito subsidiário e suplementar, com a função de superar as omissões e deficiências do direito nacional³⁷⁷.

Conforme reconhece Borja, a ideia de uma declaração de direitos do homem surge da consciência de que se não houvesse a garantia dos direitos individuais e fundamentais também não haveriam garantias sociais³⁷⁸.

caso da DUDH, embora sempre tenha havido discussão sobre sua natureza jurídica e seu caráter vinculante, hoje, conforme acima constatado, há um consenso quanto à existência de, ao menos, um núcleo de direitos nela previstos que tem fundamento vinculante no direito internacional costumeiro, vez que não mais questionados e, portanto, amplamente aceitos pela comunidade internacional”. SANTOS JUNIOR, Edinaldo César. O direito internacional dos direitos humanos, a bioética e a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. **Revista da EJUSE**, n. 20, Doutrina 75, 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/76148/direito_internacional_direitos_santos.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

³⁷⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 28.

³⁷⁵ O autor esclarece: “A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas. A própria Declaração proclama os princípios de que se faz pregoeira não como normas jurídicas, mas como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 30.

³⁷⁶ Segundo a autora, a partir da elaboração desses pactos se forma a Carta Internacional dos Direitos Humanos, *International Bill of Rights*, integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 152.

³⁷⁷ Cfr. PIOVESAN, Flávia. **Direitos...**, p. 153.

³⁷⁸ Expõem Borja: “Derrotado o Eixo, representado pelos regimes nazi-facistas de Hitler e Mussolini da Europa e o Império do Sol Nascente de Hirohito, em 26 de junho de 1945, aprovou-se a Carta das Nações Unidas, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa da

A declaração da ONU ultrapassa o limite nacional³⁷⁹ e gera outras tantas declarações e tratados de direitos humanos, gerais ou específicos, muitos deles assentados nas indicações bioéticas, de especial interesse nessa tese³⁸⁰.

Segundo Bonavides, estes documentos procuram dar concretude, positividade e eficácia aos direitos da tríplice geração, reconhecendo que o indivíduo, antes de ser cidadão deste ou daquele país, é titular desses direitos pela condição de pessoa humana, objeto daquela universalidade³⁸¹.

Fica clara a ligação entre as declarações de direito e a importância do constitucionalismo nos Estados de Direito que acolhem os direitos fundamentais da pessoa³⁸².

Sabe-se que até o fim da segunda guerra mundial o constitucionalismo nos países europeus teve papel meramente coadjuvante, e que a reconstitucionalização da Europa se deu ao longo da segunda metade do século XX, redefinindo o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas.

No antigo modelo que vigorava na Europa, a Constituição era vista como um documento essencialmente político. E a concretização de suas propostas era condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, e ao Judiciário não era atribuído nenhum papel relevante na consumação do seu conteúdo. A partir da reconstitucionalização que adveio após a 2ª Guerra Mundial, inicialmente na Alemanha seguido mais tarde por países como Itália, Portugal e

paz mundial, mas, também havia a consciência de que se também não houvessem garantias aos homens, nos seus direitos individuais e fundamentais, da mesma forma não existiriam garantias sociais genéricas disseminadas no planeta, assim, nasceu a ideia da proclamação de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados. Já no ano de 1946 foi iniciado o trabalho de elaboração desse documento, que, afinal, foi aprovado na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, recebendo o nome de Declaração Universal de Direitos do Homem. [...] é o início da generalização em que o direito interno, do capítulo dogmático das cartas constitucionais, ultrapassa o limite nacional e torna-se assim um direito internacional [...]” BORJA, Sérgio. *Direitos...*, p. 233.

³⁷⁹ Cfr. BORJA, Sérgio. *Direitos...*, p. 233.

³⁸⁰ Como exemplo de declaração específica, e de interesse nessa tese, cita-se a «Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos», aclamada na 33ª Conferência Geral das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), realizada em Paris, em outubro de 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

³⁸¹ Cfr. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 588.

³⁸² Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 284 e ss.

No mesmo sentido Cavalcante Filho. Refere o autor: “O constitucionalismo, como movimento de limitação dos poderes estatais, está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais. Dessa forma, é preciso estudar o movimento constitucional para entender como surgiram os direitos fundamentais”. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria...**

Espanha, inicia-se um movimento de reconhecimento da força normativa da Constituição e do seu caráter vinculativo e obrigatório das suas disposições³⁸³.

A título exemplificativo podem ser citadas como as principais referências no desenvolvimento do novo Direito Constitucional a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã de 1949) e a criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, instalado em 1951; a Constituição da Itália (1947); a Constituição de Portugal (1976) e Constituição da Espanha (1978).

De acordo com Barroso, no plano teórico, as mudanças na aplicação do Direito Constitucional se iniciam a partir de três aspectos: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) o desenvolvimento da jurisdição constitucional; c) a propagação de uma nova dogmática da interpretação constitucional³⁸⁴.

Hesse traduz exatamente essa nova concepção sobre o poder da Constituição:

*Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem*³⁸⁵.

Hesse reconhece na Constituição uma força normativa motivadora e ordenadora do Estado e da vida em sociedade. Refere a importância de estar adequada a realidade social na qual se insere. As normas constitucionais, ao mesmo tempo que são determinadas por essa realidade social, são determinantes em relação a ela³⁸⁶. A constituição tem também sua força ativa no momento em que por meio dela é possível estabelecer as tarefas direcionando a atividade estatal³⁸⁷.

³⁸³ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 04 de jan. 2017. p. 7.

³⁸⁴ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo...**, p. 6.

³⁸⁵ Cfr. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 19.

³⁸⁶ Diz o autor: "A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas". HESSE, Konrad. **A força...**, p. 15.

³⁸⁷ Nesse sentido: "Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. [...] A Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na

O autor ainda refere que para um correto desenvolvimento dessa força normativa que identifica na constituição, é necessário que a prática também esteja de acordo com o que ela determina. Salienta que nenhum ganho de interesse imediato supera a vantagem do respeito às normas constitucionais ao longo do tempo³⁸⁸.

Diante do reconhecimento da força normativa da Constituição, surge a necessidade de se criarem mecanismos para a sua defesa, principal função da jurisdição constitucional, que garante a observância e concretude de todas as suas normas, evitando assim que haja ameaça ou lesão a direitos fundamentais, assegurando os valores protegidos pelos dispositivos constitucionais. Pois de nada adianta apenas a elaboração de leis se não houver a efetivação dessas.

Para a efetivação da jurisdição, diante da abertura e amplitude das normas constitucionais, na maioria das vezes torna-se necessário que se faça uma interpretação constitucional. O intérprete deve levar em conta as especificidades da norma constitucional, principalmente em relação a sua superioridade hierárquica, o caráter político do seu conteúdo.

A partir dessa perspectiva, qualquer interpretação jurídica deverá ser realizada à luz dos direitos fundamentais, que passam a ocupar uma função estratégica de fundamentação e legitimação do sistema normativo como um todo. Esses direitos incorporam e passam a expressar determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, e têm a sua eficácia apreciada não apenas sob o ângulo individual, mas também sob o ponto de vista da comunidade em geral³⁸⁹.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são o elemento mais nobre do Direito Constitucional. Partem do reconhecimento de que todos os seres humanos são iguais em direitos e dignidade e que o convívio com os demais deve-se pautar com base nessa mesma dignidade.

O homem, no exercício de seus direitos e no gozo das liberdades, encontra-se balizado pelo respeito ao próximo. O Estado, por sua vez, terá por obrigação a observância desses direitos, que, dessa forma, atuam como limitadores a intervenções

consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. HESSE, Konrad. **A força...**, p.19.

³⁸⁸ Cfr. HESSE, Konrad. **A força...**, p. 21.

³⁸⁹ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 145.

na esfera privada, e de proteção dos seus cidadãos contra intervenções indevidas por parte de terceiros.

Como refere Otero:

Colocar o Homem no centro do fenómeno constitucional determina que a essência de cada Constituição se encontre numa busca incessante de um modelo de organização do poder político que vive a edificação de uma sociedade mais justa, mais segura e mais livre ao serviço do respeito e da garantia da dignidade de cada ser humano: “O Estado e a sociedade são por causa do Homem e não o Homem por causa deles”³⁹⁰.

A postura estatal no que diz respeito ao tratamento desses direitos fundamentais da pessoa humana é bastante complexa. Já na origem do reconhecimento desses direitos é possível constatar que uma determinada parcela da população pretendia maior liberdade nas decisões da vida privada com a diminuição da intervenção estatal nessas decisões. Outra parcela pretendia proteção por parte do Estado, visando que lhes fosse garantido o mínimo necessário para uma vida digna, o que acabou por dar origem ao ingresso nas cartas constitucionais de direitos económicos e sociais³⁹¹.

Grosso modo, pode-se identificar, nesse momento, o surgimento de direitos individuais e suas respectivas garantias de atendimento, dentre os quais destacam-se as liberdades, assim como alguns direitos coletivos, com o caminho para o surgimento dos direitos sociais.

Benjamin Constant celebrizou a distinção entre o que chamou de liberdade dos modernos contra a liberdade dos antigos, na qual se pode abstrair uma concepção mais liberal, baseada no homem com capacidade de autodeterminação, que encontra sua realização centrada na possibilidade de seu desenvolvimento pessoal. Não mais na participação das decisões públicas, como ocorria com o que o autor denominou de liberdade dos antigos³⁹².

³⁹⁰ Cfr. OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. V. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 30.

³⁹¹ Para Ferreira Filho é a extensão do sufrágio que faz com que os políticos passem a dar atenção aos reclamos da maioria da população, o que levou a transformação do Estado para um Estado-providência. Analisa o autor: “Ora, o sufrágio universal forçou os políticos e estadistas a sopesar a influência das massas e dar atenção a seus reclamos. Esses reclamos bem diversos eram daqueles que se manifestavam nos meios burgueses. Nestes, o que se pedia era liberdade de ação contra o Estado, ou apesar do Estado; nos meios proletários, o que se almejava era proteção e amparo por parte do Estado. Enquanto para a mentalidade predominante nas classes ricas o Estado era o inimigo, embora um inimigo às vezes útil, para o proletariado era ele talvez a última esperança. Esse fator propriamente político muito influenciou a transformação do Estado-polícia em Estado-providência, como, de outro lado, impôs o reconhecimento pelo constituinte dos vários “direitos económicos e sociais””. Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de...**, p. 288.

³⁹² Quanto ao tema cabe referir a divisão primeira apresentada por Benjamin Constant que dualiza entre a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos. Refere o autor: “É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma

Constant trabalhava com a ideia da polis grega, na qual a participação era direta, o que corresponde a atual atividade legislativa e jurisdicional. De toda sorte, seu pensamento demonstra um ponto de ruptura entre os espaços públicos e privados, estabelecendo uma supremacia do indivíduo no espaço privado, ou seja, “*enquanto a liberdade dos antigos permitia que o cidadão interviesse no espaço público, a liberdade dos modernos significa a livre movimentação no espaço [econômico] privado*”³⁹³.

Trata-se de um período em que o individualismo é visto como um valor a ser considerado, no qual se reconhece a importância de destaque das características e méritos pessoais. Esse individualismo, que nos dias de hoje pode parecer um tanto exagerado, deve ser contextualizado, aonde se verifica que surge em contraponto a um período em que os valores individuais estavam ligados a classe a que pertencia o indivíduo e não às suas condições pessoais. O individualismo de que se fala, pois, diz com o reconhecimento de cada pessoa como uma pessoa distinta dos demais³⁹⁴. Reconhece a

maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferirem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração. Comparai agora a esta a liberdade dos antigos. Esta última consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontrareis entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância. Nada é concedido a independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. A faculdade de escolher seu culto, faculdade que consideramos como um de nossos mais preciosos direitos, teria parecido um crime e um sacrilégio para os antigos. Nas coisas que nos parecem mais insignificantes, a autoridade do corpo social interpunha-se e restringia a vontade dos indivíduos”.

Conclui o autor: “Conclui-se que devemos ser bem mais apegados que os antigos à nossa independência individual. Pois os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos”.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819. Tradução de Loura Silveira. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté cliez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.). Disponível em:

<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em 23 ago. 2016.

³⁹³ Cfr. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 43.

Segundo o autor, é nesse ponto que há um endeusamento da autonomia privada e de consequência da liberdade contratual na qual se manifesta.

³⁹⁴ Cfr. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões..., p. 42.

existência de uma esfera individual na qual qualquer intervenção do Estado se mostraria arbitrária³⁹⁵.

Constant já identificava limites à democracia, entendendo que a vontade popular não poderia se sobrepor a justiça e aos direitos humanos, legado que ainda hoje tem acolhimento constitucional. Para o autor, é na limitação da soberania, com a divisão dos poderes de forma equilibrada, traçado pela lei, que se encontra a garantia dos direitos individuais³⁹⁶.

Berlin, ao tratar da questão da liberdade, identificou dois tipos principais de liberdade. Uma negativa, que diz exatamente com a possibilidade da pessoa humana não sofrer limitações de terceiros, e uma positiva, na qual se presume uma interferência deliberada, perquirindo o que ou quem é essa fonte de controle³⁹⁷.

No que diz respeito ao que denomina de liberdade negativa, que diz exatamente com o espaço de deliberações da pessoa, identifica que quanto menor for a intervenção, maior será a liberdade da pessoa. De toda sorte, como há outros bens e valores aos quais são conferidos por vezes maior importância, para a garantia desses permite-se restrições à liberdade³⁹⁸.

Dworkin, em análise dos ensaios de Berlin e de Constant, critica os autores por apresentarem esses tipos de liberdades como antagônicas, sem a possibilidade de encontrar um meio termo entre elas³⁹⁹. Reconhece a necessidade de adaptações, tudo gerando em torno de questões de liberdade e suas possíveis restrições e da democracia.

³⁹⁵ Ao analisar o pensamento de Constant, Otero refere: “Sublinhando que cada pessoa é dotada de uma parte de sua existência que é sempre individual e independente de qualquer intervenção sócia, área na qual cessa qualquer jurisdição de soberania. Constant reconhece que há “direitos individuais independentes de toda a autoridade social ou política, identificando-os com a liberdade individual, a liberdade religiosa, a liberdade de opinião e de lhe conferir publicidade, a propriedade e a garantia contra todo o arbítrio. Nesse sentido, se uma autoridade violar tais direitos individuais, ultrapassando a linha onde começa a esfera reservada da existência individual, ela torna-se usurpadora e ilegítima”. OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 236.

³⁹⁶ Cfr. OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 237.

³⁹⁷ Refere o autor: “O primeiro sentido político de liberdade, que (com base em muitos precedentes) chamarei de “negativo”, vem incorporado na resposta à pergunta “Qual é a área em que o sujeito – um indivíduo ou um grupo de indivíduos – está livre, ou se deveria permitir que fosse, da interferência de outros?” O segundo sentido, que chamarei de positivo, vem incorporado na resposta à pergunta “o que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça, ou seja, uma coisa e não outra?” As duas perguntas são obviamente distintas, mesmo que haja alguma justaposição nas respostas a ambas”. BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/243486256/BERLIN-Isaiah-Quatro-ensaios-sobre-a-liberdade-pdf>>.

Acesso em: 06 set. 2016. p. 11

³⁹⁸ BERLIN, Isaiah. **Quatro...**, p. 11.

³⁹⁹ Para Dworkin, o conflito ocorre quando é adotada uma compreensão equivocada dessas liberdades, desvirtuando o meio termo e naturalmente caminhando para extremos. Refere o autor: “Berlin assinalou que o objetivo da liberdade positiva foi usado pelos totalitaristas para defender um regime político que

Para Dworkin, os dois conceitos de liberdade devem ser conjugados. Para o autor, liberdade é um conceito interpretativo que deve ser associado a valores maiores como o de responsabilidade pessoal. A liberdade como valor apenas estará presente quando conjugada com a dignidade humana, de forma que é possível se estabelecer limitações ao direito à liberdade em garantia a outros bens de igual ou maior valor⁴⁰⁰.

Enquanto a liberdade negativa refere-se ao fato da pessoa poder fazer tudo aquilo que a lei não a proíbe, a positiva dirige-se a identificar a quem cabe fazer essa restrição, demonstrando a ligação que liberdade, democracia e dignidade humana mantém⁴⁰¹.

Nesse sentido, conclui Bonavides que *“vinculada com a democracia, a liberdade é, assim, a grande couraça protetora da Sociedade para o exercício dos direitos que garantem a dignidade da pessoa humana”*⁴⁰².

Importante ter-se presente a existência de modelos diversos de compreensão das liberdades, ainda que partindo de pontos comuns. Na análise de Canotilho, em uma concepção de perspectiva mais liberal, tem-se uma conotação mais individual, um homem independente, enquanto que, em uma perspectiva republicana, podemos falar em um homem mais social⁴⁰³.

A questão referente aos direitos, liberdades e garantias demanda, até hoje, uma análise sob o viés liberal e republicano, constatando-se que, em verdade, nos estados

oprime os cidadãos em nome de seus supostos interesses verdadeiros ou mais elevados, interesses que eles próprios não reconhecem. Quando o ideal de autogoverno sofre esse tipo de corrupção, pode ser usado para justificar violações espantosas da liberdade negativa. Os totalitaristas calam as pessoas, metem-nas na prisão ou matam-nas para salvar-lhes a alma. Porém essa corrupção da ideia não tem nada que ver com a responsabilidade pessoal, [...] Não é nem sequer uma concepção plausível de liberdade”. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 559-560.

⁴⁰⁰ Segundo o autor, “Berlin equipara a liberdade negativa à autonomia total, de modo que qualquer limitação desta última seria uma violação da primeira”. Opõe-se, contudo, a essa conclusão, referindo que a liberdade não é um conceito criterial, mas de interpretação, e que seguir essa orientação a liberdade conflitaria com a democracia. A seguir essa orientação, não haveria possibilidade de limitações, o que é necessário mesmo para formas de governo democráticas. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, pp. 561-562.

⁴⁰¹ Cfr. BERLIN, Isaiah. **Quatro...**

⁴⁰² O autor sustenta que não se pode falar de liberdade, na sua dimensão contemporânea, sem análise dos vínculos com a organização de poder em uma determinada sociedade. Entende que “só assim se faz compreensível o tema, sendo possível, a partir daí, determinar, fora de uma esfera puramente abstrata, as diversas posições teóricas que em distintas épocas se formaram para explicar o laço de conexão da liberdade com o Homem, o Estado e o meio social”. BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. pp. 212-213.

⁴⁰³ Nesse sentido: “No fundo, a tensão direitos natural/teoria republicana de direitos fundamentais residia aqui: o homem era o fundamento dos direitos naturais (e nisso estavam de acordo o republicanismo e o liberalismo), mas o homem de uns é o homem isolado e independente (perspectiva liberal) e para outros é o homem social, fraternal e solidariamente vinculado (perspectiva republicana).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 24.

modernos, os espaços de divergência tendem a diminuir, reconhecendo-se que as liberdades devem ser exercidas no contexto público⁴⁰⁴.

O ponto de partida é nitidamente a defesa dos direitos individuais, que encaminhou para a construção de uma dogmática de direitos fundamentais consagrada nas modernas constituições.

As divergências dos modelos liberais e republicanos de liberdades cede na medida em que as liberdades precisam ser exercitadas no espaço social no qual o homem está inserido.

Ambos os modelos têm pontos de intersecção. Para o desenvolvimento de uma forte teoria de direitos fundamentais e de garantia dos direitos e liberdades do homem, é preciso considerar esses pontos de ligação. E estabelecer uma teoria que reconheça a importância dos direitos individuais, ainda que assente nas bases sociais nas quais se encontra. Em comum, é certo, estão a defesa das liberdades e da cidadania.

Canotilho, analisando a teoria republicana que reputa coerente, pretende alicerçar novos paradigmas para a compreensão dos direitos fundamentais, sustentando que a participação política do homem não visa só garantir sua autonomia individual, mas também uma política social⁴⁰⁵.

Ao sustentar a leitura de um Direito Constitucional personalista, Otero critica as novas teorias republicanas que tem um compromisso ético primeiro com a identidade coletiva. Sem desconsiderar a existência social do ser humano que o conduz a uma dimensão relacional com os demais seres humanos, o que também identifica como um problema constitucional⁴⁰⁶, sustenta que a ênfase nesse coletivo esquece que “o ser

⁴⁰⁴ Preleciona Canotilho: “[...] a liberdade dos modernos – os direitos do indivíduo autónomo – não se concebe num *vacuum* sócio-político, antes pressupõe uma aguda defesa dos direitos de participação dos indivíduos autónomos – e só desses – na formação do órgão político da sociedade – o parlamento – de forma a assegurar através das assembleias representativas, uma garantia dos limites do Executivo e uma defesa dos seus direitos perante o Estado”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O círculo...*, p. 26.

⁴⁰⁵ *Cfr.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O círculo...*, p. 33.

Também em uma releitura do modelo republicano, Ramos refere: “Um outro propósito consiste em mostrar que a oposição entre o ponto de vista jurídico-liberal e o republicanismo não está na aceitação ou na recusa da liberdade e dos direitos individuais. A divergência repousa, antes, sobre a maneira pela qual essa liberdade e direitos podem ser fundamentados: se pela via do individualismo e subjetivismo, que subordina a sociedade e o direito como instrumentos para a realização e proteção dos direitos individuais, ou pela via comunitarista e cívica. Desse modo, o conceito republicanismo de liberdade, sem abandonar a conquista liberal do pluralismo e da liberdade negativa, pode contribuir para uma efetiva ampliação e garantia dos princípios democráticos de uma sociedade moderna”. RAMOS, Cesar Augusto. *O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva?* **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 34, n. 1, pp. 43-66, 2011. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/trans/v34n1/a04v34n1>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁴⁰⁶ *Cfr.* OTERO, Paulo. *Pessoa...*, pp. 368-373.

*humano antes de ser cidadão é pessoa, e nessa qualidade, tem direitos universais cuja essencialidade é superior e anterior à participação e comunicação política*⁴⁰⁷.

O autor reconhece as dificuldades de concretização do ideal buscado pela teoria constitucional personalista, em especial diante da grandeza de seu intento.

Refere o autor:

*Fazer de cada Homem vivo e concreto o eixo central do fenómeno constitucional não significa, todavia, que o Direito Constitucional já tenha alcançado um modelo perfeito de organização política ou mesmo que alguma vez o venha a conseguir, antes se procura sublinhar que deparamos aqui com um processo em constante evolução, sempre insatisfatório nos seus resultados face à grandeza dos fins que norteiam o seu propósito: o ser humano é muito grande nos fins que envolve e demasiado pequeno para os concretizar de forma perfeita no tempo e no espaço*⁴⁰⁸.

O debate merece referência, pois reconhece a importância dos direitos individuais e dentre eles as liberdades, que permitem o desenvolvimento da personalidade. Identifica a pessoa como um ser autônomo e que irá interagir no meio social, no qual desenvolve todas as suas potencialidades. A forma de participação política alterou, mas ainda assim, deve-se reconhecer que apenas no meio público é possível ao homem desenvolver toda a sua potencialidade.

Ao tratar dos direitos de liberdade, não se desconhece a necessidade de limitações legais. Mas, para estabelecer restrições, as leis devem ser legítimas, ou como refere Bonavides: *“leis qualificadas por valores”*⁴⁰⁹.

Ou seja, dentro do conceito de liberdade negativa, as limitações serão estabelecidas pelas próprias leis, devendo, portanto, observar de quem pode partir essas leis, e também o seu conteúdo. Vale dizer, as leis devem estar de acordo com os valores acolhidos pelo Estado e sociedade.

Acredita-se que homens iguais e livres devem ter o direito de tomar decisões sobre sua esfera íntima. Mesmo dentro de concepções filosófico-políticas que reconhecem os direitos individuais do homem como sendo um homem na sociedade, há que se reconhecer um espaço no qual a autonomia pessoal deve prevalecer.

Dentro de uma concepção mais clássica, pode-se referir que apenas os direitos negativos eram considerados como direitos fundamentais subjetivos. Na ideia de limitação do poder do Estado, apenas quando visavam impor uma abstenção ao Estado,

⁴⁰⁷ Cfr. OTERO, Paulo. Pessoa..., p. 357.

⁴⁰⁸ Cfr. OTERO, Paulo. Pessoa..., p. 354.

⁴⁰⁹ Cfr. BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. p. 212.

garantindo a atuação individual própria, vinham classificados como direitos fundamentais. A esses direitos e liberdades fundamentais agregam-se novos direitos sociais, que exigem uma prestação por parte do Estado, que passam a ser qualificados como positivos.

No Direito Constitucional contemporâneo não há como considerar a manutenção de dimensões negativas e positivas de direitos fundamentais, entendidas como deveres de abstenção e de prestação por parte do Estado, de forma isolada. Um mesmo direito, por vezes, exige tanto abstenções por parte do Estado como prestações positivas que assegurem ao indivíduo a possibilidade de exercer o seu direito⁴¹⁰.

Visa-se aqui reforçar a ligação das declarações de direitos do homem com a ideia de constitucionalismo, movimentos que decorrem da ideia de limitação do poder Estatal e de garantia de direitos e liberdades ao homem.

Como sujeito de direitos, o homem ganha o status de pessoa, definida como “*a susceptibilidade de ser titular de direito e de ficar adstrito a obrigações*”⁴¹¹.

Pontes reconhecia o ser humano como elemento subjetivo de onde surgiria o direito de personalidade, e não ainda uma pessoa, já que a personalidade somente resultaria de ingresso desse ser humano no mundo jurídico⁴¹².

A ideia de homem e pessoa não andou sempre junta. Cordeiro reconhece que por exigir uma grande abstração, o conceito de pessoa surgiu de forma bem mais lenta.

⁴¹⁰ Sarmento exemplifica: “No constitucionalismo contemporâneo, as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais são duas faces da mesma moeda. A inviolabilidade de domicílio é direito que impõem simultaneamente ao Estado o dever de não penetrar na residência sem o expresso consentimento do proprietário e de dar todas as garantias – legais e administrativas – de que o titular do direito fundamental possa fruí-lo livremente. A liberdade de locomoção implica não só o dever estatal de não criar obstáculos à livre circulação do indivíduo em território nacional, mas também prestações positivas para que ela possa ser exercida na sua plenitude. Além de adotar uma atitude de não-intervenção, o Estado está obrigado a editar leis e desenvolver políticas de segurança pública destinadas a proteger a esfera da intimidade do cidadão”. Cfr. SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em:

<<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016. pp. 30-32.

⁴¹¹ Prossegue Cordeiro: “O direito subjetivo é o produto de uma norma jurídica permissiva, enquanto a obrigação é o resultado de normas impositivas ou proibitivas. A pessoa é, simplesmente, o destinatário de normas jurídicas ou, se preferir, o centro de imputação dessas normas. Apenas o ser humano pode ser destinatário de normas jurídicas: assim se efetua a síntese forma/substância que permite superar o formalismo”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p. 31.

⁴¹² Nesse sentido refere: “Antes de qualquer pesquisa, adverte-se em que: a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico”. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 5.

Atualmente há coincidência entre o ser humano e a pessoa. Vale dizer: todos os seres humanos são reconhecidos como pessoa⁴¹³.

É essa pessoa humana a titular de direitos que lhe são atribuídos como fundamentais. Esses direitos ingressam no ordenamento pelas modernas constituições e conferem ao Estado tanto o dever de observá-los como a obrigação de criar mecanismos que os garantam. Confirma-se, pois, a ligação do constitucionalismo moderno e do reconhecimento dos direitos fundamentais.

Assim, assumidos pelo Estado, esses direitos são tratados como direitos fundamentais, ainda que derivados da natureza do homem e do fato de permanecerem mesmo diante da inexistência de regulamentação. Mas é a partir da positivação que ingressam de forma sistematizada no ordenamento. Esses direitos – humanos e fundamentais – estão tão estreitamente ligados aos direitos de personalidade que o estudo de um não pode desconsiderar os demais⁴¹⁴. Em comum, todos eles mantêm conexão direta com o princípio da dignidade da pessoa. Como refere Vasconcelos: “*o Direito de Personalidade tem a ver com a posição das pessoas humanas no Direito, com a exigência da sua dignidade*”⁴¹⁵.

A dualidade entre público e privado encontra-se cada vez mais afastada, considerando que a cultura dos direitos fundamentais projeta seus princípios também para a esfera privada que, desta forma, passa a ter uma nova leitura. Mesmo reconhecendo a existência desse campo privado, relativo a relação dos particulares, constata-se que a situação atual é da extensão das regras constitucionais para o direito privado. Nessa perspectiva pode-se falar em uma constitucionalização do direito privado que traz para a esfera privada a força normativa reconhecida nos princípios, e a necessidade de interpretação das regras de acordo com esses valores.

⁴¹³ Historicamente, o conceito de pessoa não coincidia com o de ser humano, tanto que alguns seres humanos não eram reconhecidos como “pessoas”, como, por exemplo, os escravos que no direito romano eram tratados como “res”. Da mesma forma, atualmente alargou-se o conceito de pessoa, compreendendo também pessoas coletivas que não correspondem a seres humanos, de forma que se pode dizer que embora todo o ser humano seja pessoa, nem toda pessoa é um ser humano.

Sobre o tema, ver CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p. 30.

⁴¹⁴ Leciona Cordeiro, ao tratar da ligação dos direitos de personalidade com os demais: “A defesa tecnicamente especializada da pessoa comporta toda uma evolução dogmática: desde a *actio iniuriarum* aos modernos direitos de personalidade, passando pelos direitos do homem, pelos direitos originários e pelos direitos fundamentais. Estas diversas realidades visaram de um modo geral, objetivos idênticos. Fizeram-no, todavia, usando diversos ângulos de aproximação, cada vez mais aperfeiçoados. Nunca se deve perder de vista o grande objetivo em jogo: o de pôr ao serviço da tutela humana o instrumento técnico-jurídico mais elaborado, ao longo de milénios de estudos e de aperfeiçoamento: o direito subjetivo”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p. 131.

⁴¹⁵ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito...**, p.6.

Sem embargos, a interpretação de acordo com os valores da Constituição exige que dentre as várias possibilidades deva-se escolher aquela em que os direitos fundamentais atinjam sua máxima expressão e façam-se verdadeiramente efetivos.

Para Miranda, os direitos de personalidade não se confundem com os direitos fundamentais, na medida em que não pressupõem relações de poder nas quais esses se fundam, mas sim uma relação de igualdade entre particulares. Estão na esfera do direito privado e não mais público⁴¹⁶.

O autor reconhece, contudo, que são decisivas “a proteção conferida por essa via – a par de outras – à pessoa humana e a carga valorativa, que, assim, se acrescenta à ordem jurídica”⁴¹⁷.

Trata-se de uma ação normativa exercida pelo Estado que, ao incluir no ordenamento jurídico civil esses direitos de personalidade, vinculados aos fundamentais, confere proteção à pessoa também nessa esfera privada e contra os demais particulares.

A personalidade traduz a dimensão jurídica do ser humano, ligada à ideia de dignidade. Ou, como refere Vasconcelos, “é a qualidade de ser pessoa”⁴¹⁸.

Nesse sentido, pois, verifica-se que a disciplina dos direitos de personalidade, no âmbito do Direito Civil, representa a incorporação dos direitos fundamentais individuais no âmbito privado. Para além da nova esfera de proteção, deixam claro a interseção entre o público e o privado, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais, reconhecidamente a parte de maior relevância do Direito Constitucional moderno.

A convergência do público com o privado, e desses direitos que já foram considerados tão distintos, está cada vez mais presente, como se pode verificar pela utilização de conceitos próprios do direito privado no espaço público, como vice-versa⁴¹⁹.

Na esfera dos direitos de personalidade debate-se em torno da existência de um direito geral, que como tal seria um direito fundamental. O Código Civil português no art.

⁴¹⁶ Nesse sentido refere Miranda: “Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares (como prevê o art. 18º, nº 1, a ser estudado a seu tempo); os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito civil”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 69.

⁴¹⁷ Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 68.

⁴¹⁸ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito...*, p.47.

⁴¹⁹ Cfr. FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões...*, p. 48.

70⁴²⁰ trata da tutela geral da personalidade. No Brasil, o Código Civil de 2002, nos seus arts. 11º e 12º⁴²¹, também apresenta cláusula de proteção geral.

Para Mota Pinto, a existência de um direito geral de personalidade triunfou sobre a concepção de *numerus clausus*⁴²². A tentativa de se buscar um direito geral de personalidade surge na expectativa de se conferir proteção e defesa aos atributos inerentes à pessoa no campo civil. Como direito geral seria uma espécie de direito -fonte e em razão da alargada proteção que conferiria, seria um verdadeiro direito subjetivo. Em seu desfavor Cordeiro aponta que seria de tal forma generalista e viria a se chocar com outros direitos⁴²³.

A dificuldade de se estabelecer um sistema único, para tratar de todos os direitos de personalidade reconhecidos, encaminha para a existência de direitos de personalidade diversos.

Para além dos direitos de personalidade que restem identificados nos ordenamentos jurídicos, considerando sua fundamentalidade e evolução, impõe-se

⁴²⁰ Artigo 70.º (Tutela geral da personalidade) 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. DL nº 47344/66 de 25 de Novembro. Código Civil (versão actualizada). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 28 out. 2015.

⁴²¹ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

⁴²² Nesse sentido, refere Paulo Motta Pinto: “A nível de direito ordinário, o reconhecimento de um direito geral de personalidade ocorre pelo preenchimento do artigo 70º, nº 1, do Código Civil (“tutela geral da personalidade”), como decorrência do dever de proteção do desenvolvimento da personalidade. Aliás, já desde há algum tempo que se pode afirmar com segurança que a concepção que defende a existência de um direito geral de personalidade triunfou, na maioria das ordens jurídicas em particular sobre o *numerus clausus* de direitos de personalidade, mesmo nos países onde ele inicialmente foi aceite. Nalguns sistemas jurídicos, o «direito geral de personalidade», impôs-se mais cedo. É o caso da Alemanha [...]”. PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Portugal - Brasil ano 2000. **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1999. p. 174.

⁴²³ Segundo o autor, o direito geral de personalidade é definido como “o direito subjetivo absoluto à manutenção, inviolabilidade, dignidade, reconhecimento e livre desenvolvimento da individualidade das pessoas. Permitindo uma responsabilização alargada, no caso da violação, o direito geral de personalidade seria um verdadeiro direito subjetivo. Ele funcionaria como um complemento dos direitos fundamentais inseridos na Constituição, operando através de grandes grupos de direitos parcelares”. Prossegue concluindo: “O “direito geral” de personalidade, tendo cumprido o seu papel, está tecnicamente em regressão, na Alemanha: apenas desempenha uma função de sistematização no âmbito do Direito (objetivo) da personalidade. Essa função é útil permitindo conquistar novos âmbitos e sedimentar áreas já conhecidas, como a da sua aplicação a pessoas coletivas e a autonomização de novos direitos. Ficam, porém, claras as suas limitações dogmáticas”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., pp. 65-66.

reconhecer a existência de uma cláusula geral de direitos de personalidade. Há que se admitir, pois, um direito geral de personalidade que compreende e protege a dignidade e individualidade da pessoa⁴²⁴, sem prejuízo de serem traduzidos direitos especiais com vistas à proteção de bem específico, como são os casos do direito ao nome, à imagem e à intimidade, consagrados em vários ordenamentos jurídicos.

Cordeiro identifica três círculos diversos que permitem certa classificação desses direitos, a saber: biológico, moral e social. O primeiro círculo abrangeria direitos como à vida e à integridade física, que dizem respeito ao ser biológico. No segundo incluir-se-ia, por exemplo, o direito ao bom nome e reputação, que dizem com a esfera espiritual da pessoa. Por último, o círculo que diz respeito à relação do sujeito com seus semelhantes, como o direito à imagem⁴²⁵.

Outras classificações são possíveis como, por exemplo, direitos de personalidade típicos ou atípicos, nominados ou inominados. Desses chama a atenção o direito à vida, de interesse nessa tese, que embora um direito típico, é em regra inominado. Não vem expresso, muito embora seja a entrada dos demais direitos de personalidade⁴²⁶.

Esses direitos de personalidade apresentam características próprias. Tratam-se de direitos de cunho existencial, ou seja, de natureza não-patrimonial, muito embora possam traduzir algum conteúdo econômico na sua avaliação. E, dessa característica, decorrem outras mais, como o fato de serem inalienáveis e intransmissíveis.

Reconhece-se como direitos inatos. Cordeiro refere que não são meras posições defensivas, mas *“realidades dinâmicas, que correm lado a lado com os seus titulares em todas as vicissitudes que acompanham o ser humano, do nascimento e até à morte”*⁴²⁷.

⁴²⁴ Refere Moraes: “Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque, se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela de pessoa humana”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 139.

⁴²⁵ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p. 112.

⁴²⁶ Nesse sentido, nem o ordenamento civil português, nem o brasileiro, elencam entre os direitos de personalidade o direito à vida. Cordeiro, analisando as disposições legais portuguesas, exemplifica: “Normalmente, os direitos nominados são típicos: é o que sucede com os direitos ao nome, à confidencialidade de certas cartas-missivas, à imagem e à reserva e intimidade da vida privada referidos e nomeados nos artigos 72º e seguintes. O direito à vida e à integridade física é típico, mas surge inominado: o artigo 70º/1 aponta um regime, mas não refere o direito pelo seu *nomen*”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p. 113.

⁴²⁷ Cordeiro complementa dizendo que vai até mesmo mais além do que isso, uma vez que se admite uma tutela pré-natal e uma proteção *post mortem*. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p.124.

Os direitos de personalidade que podem se ancorar em um direito fundamental ganham especial relevância e proteção. Nesses termos, direitos como à vida, à integridade física, à liberdade e ao desenvolvimento da personalidade, que interessam nesse estudo, recebem proteção ampliada.

Do aqui exposto, fica nítida a ligação entre os direitos humanos, os fundamentais e os de personalidade. Tratam-se de direitos básicos da pessoa. No movimento conjunto das declarações internacionais e da constitucionalização, esses direitos vieram expressamente reconhecidos e hoje integram as Cartas dos Estados Democráticos de Direito, nas quais recebem o manto de proteção jurídica.

Esses direitos fundamentais, que visam balizar a atuação do próprio Estado, irradiam seus efeitos também em outras esferas. Certo é que são dirigidos primeiramente ao legislador, de forma que todas as normas do sistema deverão estar adequadas a ele, o que, por si só, já permite concluir que por via direta ou indireta seus efeitos ultrapassaram a relação Estado-pessoa.

Nessa esfera da relação entre particulares, reforçando a existência desses direitos básicos, tem-se então os reconhecidos direitos de personalidade, que representam os mesmos direitos existenciais básicos da pessoa, decorrentes diretos do fato de se reconhecer nessa pessoa uma dignidade intrínseca.

Esses direitos fundamentais individuais vinculados diretamente a dignidade da pessoa, dos quais se destacam o direito à igualdade, à vida e à liberdade, são de especial interesse no desenvolvimento dessa tese. Direitos que dizem respeito diretamente a pessoa humana, na sua esfera mais íntima, gozam de proteção em várias esferas.

O direcionamento do estudo aos direitos fundamentais, de forma mais específica, decorre da abrangência e campo de proteção por eles conferidos, pois implicam no acolhimento formal no campo de cada Estado de Direito e irradiam efeitos sobre os ordenamentos jurídicos como um todo.

As modernas constituições, como leis básicas de um país, têm por obrigação não só estabelecer a estruturação do Estado, mas expressar as aspirações dos indivíduos e da comunidade no qual estão inseridas. A Constituição é, pois, a garantia de atendimento dessas aspirações⁴²⁸.

⁴²⁸ Bonavides e Andrade analisam: “A Constituição, como lei básica, é princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o

Contudo, nem todos os direitos declarados, mesmo que postos em normas constitucionais, se concretizam, muitos deles permanecendo como meras indicações. Isso porque deve-se reconhecer que nem todos os direitos humanos tem o mesmo valor, sendo necessários estarem de acordo com a realidade na qual estão inseridos⁴²⁹.

3.2 O Fundamento dignidade

A dignidade da pessoa humana é a “pedra-angular” dos sistemas jurídicos, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais⁴³⁰. É a ponte de ligação dos direitos do homem com os direitos fundamentais, em especial os direitos, liberdades e garantias. Não por outro motivo é frequentemente indicada como meta-princípio, a direcionar toda a teoria constitucional moderna.

É também um princípio em razão do que possui uma concepção normativa irradiando seu valor para as demais normas. Barroso reconhece a dignidade como um princípio de status moral, em torno do qual há um consenso ético, abarcado pelo mundo ocidental, de que se trata de um valor maior⁴³¹.

A ideia da dignidade humana não é nova, mas se firma nos ordenamentos jurídicos contemporâneos com a inclusão deste conceito como fundamento dos modernos Estados de Direito⁴³².

Tomando-se como exemplo o Brasil, verifica-se que já na constituição de 1934 e na de 1946 havia inclusão da ideia de existência digna, disposição contida na ordem econômica, direcionando para a valorização do trabalho que propiciasse uma existência

conjunto dos indivíduos encara como o objetivo último da vida em comum”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2002. p. 487.

⁴²⁹ De acordo com Marinho: “São as decisões dos governos, porém, no plano interno ou nas reuniões internacionais, que estabelecem controles e garantias destinados a proteger os direitos humanos. Evidentemente, nem todos os direitos proclamados, nas constituições ou em declarações isoladas, têm o mesmo valor. A realidade mostra que certos princípios conquistam projeção real, revestindo-se de sanção adequada, ao passo que outros permanecem como aspirações ou fórmulas de fim educativo, até que as transformações sócio-culturais lhes confirmem conteúdo jurídico efetivo”. MARINHO, Josaphat. Dos direitos humanos e suas garantias. In: **AS TENDÊNCIAS atuais do direito público: estudos em homenagem ao professor Afonso Arinos de Melo Franco**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 173.

⁴³⁰ Cfr. LOUREIRO, João Carlos. Habermas e o futuro da natureza humana: leituras de um jurista. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 154.

⁴³¹ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 284.

⁴³² O conceito foi introduzido pela Constituição Alemã de 1949 e atualmente pode-se afirmar que é o grande princípio do constitucionalismo contemporâneo. Cfr. DANTAS, Ivo. Constituição e bioética (breves e curtas notas). In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 84.

em condições de dignidade⁴³³. Na sequência, as constituições do período ditatorial fizeram referência à dignidade como um valor a ser observado, ainda vinculado a ideia de trabalho. Foram, contudo, as primeiras constituições brasileiras a utilizarem o termo «dignidade humana»⁴³⁴. Mas é na Constituição cidadã de 1988 que o princípio da dignidade da pessoa humana vem estabelecido como fundamento da república⁴³⁵.

Dentro da filosofia deve-se reconhecer a importância das contribuições de Kant⁴³⁶ para a elaboração desse conceito. Ao tratar dos deveres de virtude para com outros homens que decorrem do respeito que lhes é devido, em seu livro a *Metafísica dos Costumes*, Kant refere que:

A humanidade é ela própria uma dignidade, pois o homem não pode ser usado por nenhum homem (nem pelos outros nem sequer por si mesmo) apenas como meio, mas tem sempre que ser ao mesmo tempo usado como fim, e nisto (a personalidade) consiste propriamente sua dignidade, por meio da qual ele se eleva sobre todos os outros seres do mundo que não são homens e que podem certamente ser usados; e eleva-se, portanto, sobre todas as coisas. Logo, assim como ele não pode alienar-se a si

⁴³³ Nesse sentido art. 115 da Constituição brasileira de 1934. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

E, no art. 145 da Constituição brasileira de 1946.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

⁴³⁴ Art. 157 da Constituição brasileira de 1967, repetido no art. 160 da Constituição de 1969. Nesses termos: TÍTULO III - DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL - Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da **dignidade humana**; III - [...]. (grifo meu). BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

Acesso em: 06 set. 2016.

Dantas refere que mesmo o Ato Institucional n. 5, do período ditatorial brasileiro, fazia referência expressa à expressão, ao referir que constituía fundamento e propósito da Revolução de 1967 assegurar a “ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade humana [...]”.

Cfr. DANTAS, Ivo. *Constituição...*, p. 85.

⁴³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos**: I - a soberania; II - a cidadania; III - **a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (grifo meu). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 06 de set. 2016.

⁴³⁶ Ferry, ao apresentar a leitura de Kant, diz ser ele um dos maiores filósofos de todos os tempos, destacando sua posição intermediária entre o mundo dos antigos e dos modernos. Refere que sua obra rompe com o mundo antigo e também “*anuncia o período contemporâneo, totalmente orientado para essa desconstrução das ilusões da metafísica para a qual Kant abre caminho*”.

Prossegue o autor referindo que o pensamento de Kant nos conduz para o que chama de uma «sabedoria secularizada» ou uma «espiritualidade laica», considerando que sua contribuição “*coloca em termos novos a questão do sentido da existência humana [...] Portanto, ao lado da esperança cristã – à qual Kant continua a aderir – é também para uma resposta laicizada que sua filosofia aos poucos nos leva. Assim, ela nos conduz ao limiar do pensamento contemporâneo*”. FERRY, Luc. **Kant...**, p. 7-15.

*próprio por preço algum (o que seria contrário ao dever de autoestima), do mesmo modo ele não pode agir contra a autoestima igualmente necessária dos outros enquanto homens, isto é, o homem é obrigado a reconhecer praticamente a dignidade da humanidade em todos os outros homens, portanto, radica nele um dever que se refere ao respeito que se tem necessariamente de mostrar por todo outro homem*⁴³⁷.

Bastante repisado, suas conclusões permanecem guiando o pensamento atual⁴³⁸. Sem desconhecer que seus ensinamentos precisam agregar novos componentes no mundo contemporâneo⁴³⁹, não há como se negar a importância de seu pensamento que prega pelo respeito à pessoa, como um ser autônomo e capaz de decisões racionais. *“Essa reverência pela dignidade e pelo valor dos seres humanos individuais é o cerne da teoria moderna dos direitos humanos. É a grande contribuição de Kant para a filosofia moral”*⁴⁴⁰.

A matriz kantiana que estabelece a dignidade como valor intrínseco do ser humano parte exatamente da ideia de reconhecimento de que todo e qualquer ser humano exige proteção e promoção de sua dignidade.

Da noção de Kant abstrai-se a ideia de que a pessoa é um fim em si mesmo, o que implica em dizer que o ser humano não pode ser instrumentalizado. Essa ideia, contudo,

⁴³⁷ Cfr. KANT, Immanuel. **Metafísica...**, p. 277.

⁴³⁸ Refere Arrieta: “Buena parte Del debate ético y bioético contemporáneo sigue en marcado en el vocabulario kantiano, siendo quizá su idea de dignidad human (el principio según el cual los seres humanos poseen una cierta inviolabilidad porque tienen la capacidad de establecer fines por sí mismos) la que mayor influencia cultural há tenido. La fórmula kantiana del «fin ien sí mismo», que exige tratar a la humanidad nunca simplemente com un medio sino siempre como un fin, es una versión muy solemnemente expresada de la exigencia de respeto a las personas exigencia que constituye uno de los fundamentos último de la bioética”. (Livre tradução: “Boa parte do debate ético e bioético contemporâneo está enquadrado no vocabulário kantiano, sendo, talvez, sua ideia de dignidade humana (o princípio de que os seres humanos possuem uma certa inviolabilidade, porque eles têm a capacidade de definir seus próprios fins) a que maior influência cultural teve. A fórmula kantiana do «fim em si mesmo» exige o tratamento da humanidade não como um meio, mas sempre com um fim, é uma versão solenemente expressada da exigência de respeito às pessoas, exigência que constitui um dos fundamentos últimos da bioética”). ARRIETA, Ion. Los múltiples conceptos de autonomía en bioética. In: ROCHA, Antonio Casado da (Ed.). **Autonomía com otros: ensayos sobre bioética**. Madrid: Plaza Y Valdes, 2014. pp. 82-83.

⁴³⁹ Hannah Arendt reconhece a inumanidade que existe no imperativo categórico kantiano, quando compara com as ideias de Lessing. Refere a autora: “Quaisquer que sejam os méritos de seus argumentos, a inumanidade da filosofia moral de Kant é inegável. E isso porque o imperativo categórico é postulado como absoluto e, em sua absolutez, introduz no âmbito inter-humano- que por sua vez consiste em relações – algo que ocorre em sentido contrário à sua relatividade fundamental. A inumanidade ligada ao conceito de uma verdade única surge com especial clareza na obra de Kant justamente por ter tentado encontrar a verdade na razão prática; é como se ele que indicara tão inexoravelmente os limites cognitivos do homem, não conseguisse suportar a ideia de que, também na ação, o homem não pode se comportar como um deus.” ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: companhia das letras, 1997. p. 33.

⁴⁴⁰ Cfr. WALBURTON, Nigel. **Uma breve história da filosofia**. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 132.

é insuficiente para contemplar todo o real significado da dignidade, que abarca conteúdo bem maior, sofrendo interferências sociais e culturais na sua compreensão.

Falar em dignidade da pessoa humana direciona para uma gama de diferentes compreensões. Trata-se de um conceito aberto, o que confere dificuldade em se estabelecer uma definição que abarque todo o seu conteúdo.

As controvérsias estão em torno do conteúdo da dignidade humana ou, mais especificamente, da pessoa humana como um ser individualizado. Em função dessa abertura, é utilizado como fundamento em diversas situações, com os riscos inerentes a esse excesso de invocação do princípio.

Dada a abrangência de situações e circunstâncias envolvidas em seu conceito, não há como estabelecer uma definição única e fechada, de forma que o seu conteúdo deve ser analisado observando o caso concreto.

O conceito de dignidade humana por vezes parece ser tão aberto e abarcar tantas variáveis que poderia até mesmo perder seu sentido. É evocado para justificar tão vasto número de ações que parece enfraquecido. *“O incremento da respectiva aplicação chegou a atingir a fronteira da banalização, o incremento da análise parece conduzir ao aumento da obscuridade e mesmo à erosão do adquirido anterior”*⁴⁴¹.

Contudo, para além das fórmulas genéricas, como a que afirma que o ser humano não pode ser transformado em mero objeto, Alexy refere:

*O conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida. Sobre algumas dessas condições é possível haver consenso. [...] Acerca de outras condições é possível haver controvérsias [...]. É fato que diferentes pessoas expressariam o conceito de dignidade humana por meio de diferentes feixes de condições*⁴⁴².

Com efeito, o conteúdo da dignidade da pessoa é aberto e sua identificação dependerá do caso concreto. Importante, contudo, que seja estabelecido o conteúdo

⁴⁴¹ Complementa o autor: Talvez a razão para esse desfecho, se acaso não residir na série de paradoxos em que nas sociedades modernas está forçosamente envolvida a ideia de dignidade humana, resida na seguinte explicação: falar na dignidade da pessoa humana «[i]ts a way of expressing a set of moral problems rather than a technique for resolving them». (Livre tradução: é uma forma de expressar um conjunto de problemas morais em vez de uma técnica para resolvê-los). ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: DIREITOS fundamentais & justiça. Porto Alegre: HS Editora, 2007. pp. 13-14.

⁴⁴² O autor reconhece, porém, que há uma convergência entre muitos pontos, o que permite falar em um conceito unitário, mas diferentes concepções de dignidade. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 355.

mínimo desse conceito de dignidade, permitindo a concretização de direitos decorrentes desse valor maior que é a dignidade.

Deve-se, portanto, objetivar minimamente para tornar concretizável e operacional a aplicação de seu conceito, permitindo estabelecer os bens e valores a serem protegidos e o modo de promoção dessa dignidade reconhecida.

O direito precisa se servir de conceitos que fogem a sua esfera, como as referências filosóficas. Contudo, apenas por meio do direito será possível a concretização da dignidade da pessoa⁴⁴³.

Alexandrino sistematiza uma série de concepções jurídicas que sintetiza em três grandes classes: as negadoras, as absolutizadoras e as relativizadoras⁴⁴⁴. A partir dessas concepções apresenta o que denomina de esboço de um conceito, definindo dignidade da pessoa humana como a “*referência da representação do valor do ser humano*”⁴⁴⁵.

Sarlet também trabalha com várias dimensões da dignidade da pessoa humana. Identifica, em primeiro, a dimensão ontológica, que considera a dignidade uma qualidade inerente a pessoa⁴⁴⁶. Mas reconhece que esse valor apenas assume seu pleno

⁴⁴³ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 14.

⁴⁴⁴ Identifica o autor: “encontram-se nas concepções negadoras no utilitarismo e no marxismo. São ou tendem a ser absolutizadoras as concepções jusnaturalistas, as concepções abstractizantes sustentadas no idealismo kantiano, bem como todas as doutrinas que postulam a existência e a relevância directa, no plano jurídico, de uma ordem de valores transcendentais ou objectiva (todas podem ser tomadas afinal como variantes da “teoria da dádiva”). Constituem, por seu lado, variantes de concepções relativizadoras, no plano filosófico ou moral, todas as explicações que tendam a conceber a dignidade como tarefa individual, como resultado do comportamento de cada indivíduo ou como responsabilidade (no sentido de atribuição) de cada um pelo uso que fizer da liberdade e, no plano jurídico, as teorias da “prestação” e do “reconhecimento”, as explicações de base analítica (como a de Alexy), as explicações de recorte constitucional-positivo ou cultural (como as de Matthias Herdegen ou Peter Haberle, respectivamente) e todas aquelas que se mostrem disponíveis a reconhecer a abertura ou, em qualquer modo, a condicionalidade do conceito”. ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil..., pp. 27-28.

⁴⁴⁵ O autor esmiúça os termos do conceito que apresenta esclarecendo que “Como referência (releve aí a humanidade, a pessoa concreta ou ambas) e sendo suficientemente abstracto, o conceito de dignidade da pessoa humana é naturalmente universalizável (tanto como símbolo, como aspiração, como promessa ou como reconhecimento recíproco do devido respeito e consideração). Por sua vez, o conteúdo da representação do valor foi, em última análise, deixado em aberto pelo legislador constituinte, pois, como todas as percepções, a representação é variável em função da concepção do mundo dominante na comunidade (tenha ou não essa concepção sido captada pelo texto da Constituição) e em função da sua (imersão e) construção cultural (que é necessariamente aberta: tanto sobre a tradição, como sobre a eventual intenção originária e sobre a experiência). Por fim, deve entender-se por ser humano, pelo menos no plano do ordenamento constitucional português, toda a pessoa humana viva e concreta (deixando, porém, também em aberto a delimitação última da extensão do conceito de pessoa humana)”. Por fim, o autor rebate a possibilidade de se entender que o conceito é vazio e formal, indicando a sua colocação de destaque na constituição. ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil..., pp. 30-31.

⁴⁴⁶ Leciona o autor ao tratar da dignidade: “Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado), ser criada, concedida ou

significado em função do contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas. Detecta, também, uma dimensão intersubjetiva, na qual reconhece o caráter relacional da dignidade⁴⁴⁷.

No mesmo sentido Barroso, ao estabelecer o que denomina de conteúdo mínimo da dignidade, aponta o mesmo elemento ontológico, que descreve como um valor intrínseco. Para a composição desse conteúdo mínimo soma um elemento ético, qual seja a autonomia individual, e um elemento social que é o valor comunitário que poderá impor limitações a esse conceito em nome de valores sociais ou interesses estatais⁴⁴⁸.

Nesse sentido, a despeito de ver a dignidade como autonomia, que diz com a capacidade de autodeterminação da pessoa, de decidir os rumos a tomar, de desenvolver livremente sua personalidade, podendo fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas, reconhece também que essa dignidade é moldada por valores compartilhados pela sociedade, destinando-se à proteção perante terceiros, podendo também direcionar-se a proteção do indivíduo contra si mesmo⁴⁴⁹.

A dignidade certamente possui várias dimensões e sua identificação pode partir de pontos de vista variados. Uma dimensão, contudo, não exclui a outra, mas antes se completam.

Na dimensão ontológica, dignidade se reconhece e não se confere. Essa concepção “faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”⁴⁵⁰. Impõe que a pessoa humana deva ser respeitada em todas as esferas de sua existência.

O acolhimento constitucional desse princípio normativo vincula o Estado, direcionando a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais⁴⁵¹. O Estado terá a

retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente”. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões..., p. 20.

⁴⁴⁷ Ao tratar do tema, refere o autor: Tais desenvolvimentos em torno da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que acabaram por contribuindo, consoante já referido, para a superação de uma concepção eminentemente especista (biológica) – e, portanto, necessariamente reducionista e vulnerável – da peculiar e específica dignidade dos seres humanos (que, por si só, não afasta uma possível consideração da dignidade da vida de um modo geral), permitem vincular a igual dignidade de todas as pessoas humanas (assim como sua igualdade prima facie em direitos) também à qualidade comum recentemente apontada com ênfase por Frances Fukuyama, de que como seres humanos “partilhamos uma humanidade comum que permite a todo o ser humano se comunicar potencialmente com todos os demais seres humanos do planeta e entrar numa relação moral com eles”. Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões..., p. 26.

⁴⁴⁸ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, p. 286.

⁴⁴⁹ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, pp. 286-288.

⁴⁵⁰ Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 197.

⁴⁵¹ Leciona Bockenforde: “[...] foram estabelecidos o reconhecimento e a consideração da dignidade humana como princípio normativo e vinculante para todas as ações do Estado e, inclusive, para a vida em sociedade. Isso significa que a Lei Fundamental preconizou o reconhecimento e a consideração de todo ser

função de estabelecer mecanismos que promovam o desenvolvimento individual e social da pessoa e que coíbam atos desumanos e degradantes.

Dessa noção é possível identificar que a dignidade não é apenas a expressão da autonomia da pessoa, mas também a necessidade de sua assistência e proteção por parte do Estado, o que Sarlet identifica como dupla dimensão dos direitos da pessoa humana. Em especial quando a pessoa se encontra em situação de maior fragilidade ou mesmo de impossibilidade de se autodeterminar, a dimensão protecionista deverá prevalecer⁴⁵².

Como qualidade inerente, a dignidade é conferida a toda a pessoa pela sua qualidade de humana, independente de seu comportamento pessoal e social⁴⁵³. Reitera-se que é o reconhecimento de que todo e qualquer ser humano é dotado de dignidade intrínseca, que como tal deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. Ou seja, verifica-se uma dupla dimensão, o que faz com que se reconheça a pessoa com um fim em si mesma (ideia Kantiana) dotada de dignidade intrínseca, e que por isso exige tratamento diferenciado que respeite essa sua condição humana e que a proteja contra violações.

humano como indivíduo portador de direitos fundamentais e de liberdade para agir com responsabilidade, e que tais prerrogativas da pessoa humana não são disponíveis. O reconhecimento e a consideração da dignidade humana apresentam-se como o fundamento dos direitos fundamentais, inclusive como fundamento do direito à vida, devendo o princípio da dignidade humana, portanto, também dirigir a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais”. BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 61.

⁴⁵² Nesse sentido: “Sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação. Assim, de acordo com Martin Koppernock, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido)”. SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões...*, p. 30.

⁴⁵³ Refere Sarlet: “Não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir, no sentido aqui acolhido, atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração”. SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões...*, pp. 20-21.

Nesse sentido, o caminho para identificação do núcleo do conceito de dignidade está identificado com a ideia kantiana de autonomia, vinculada à liberdade de cada ser humano se autodeterminar. Não por outro motivo, pois, que o direito fundamental de liberdade está intimamente ligado ao valor dignidade, constituindo-se, assim, valores que se completam. Pode-se mesmo dizer que passam a ser valores interdependentes, pois apenas pode-se falar em dignidade da pessoa se é reconhecido seu direito de liberdade. Trata-se, porém, de uma liberdade abstrata, que tem por pressuposto a capacidade que cada pessoa tem se autodeterminar⁴⁵⁴.

A dignidade é, contudo, inerente a toda pessoa humana e, assim, independente de méritos ou mesmo de que a pessoa tenha alcançado patamar de autonomia. Desta forma, pessoas portadoras de deficiência mental, ou mesmo os absolutamente incapazes, detêm a mesma dignidade que uma pessoa maior e capaz. Se é inerente a natureza humana, pois, impõe o reconhecimento de que toda e qualquer pessoa é detentora de igual dignidade, a despeito de condutas meritórias ou de preenchimento de requisitos pessoais para alcançar tal fim.

A dignidade na sua perspectiva assistencial, ou seja, como exigência de atos de proteção por parte do Estado, poderá preponderar em determinados casos sob a possibilidade de autodeterminação⁴⁵⁵.

Daí porque trata-se de uma qualidade que deve ser não apenas reconhecida, mas também protegida. Nesse sentido, pois, é exatamente para as pessoas detentoras de menor autonomia que se exige do Estado uma atuação mais efetiva na proteção de sua dignidade. Tais circunstâncias não afastam o componente ético individual da dignidade que pressupõem a autonomia individual, incluindo escolhas existenciais do indivíduo.

Considerando as diversas dimensões que identificou como complementares, Sarlet procura estabelecer um conceito de dignidade. Desta forma conclui:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a

⁴⁵⁴ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões..., p. 22.

⁴⁵⁵ Diz Sarlet: "A dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratada com dignidade (protegido e assistido). SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões..., pp. 30-31.

*lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*⁴⁵⁶

Nessa mesma linha de pensamento, em que se reconhece dimensões complementares, Barroso analisa a dignidade como autonomia e como heteronomia. Aquela envolve a capacidade de autodeterminação e condições para o seu exercício. Esta traduz uma visão ligada a valores compartilhados pela comunidade, que se sobrepõem às escolhas individuais, abrigoando conceitos jurídicos como o bem comum, o interesse público e a moralidade. *“Disso se extrai que, na concepção heterônoma, a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade”*⁴⁵⁷.

Tanto uma concepção quanto a outra apresentam seus problemas. A dignidade como autonomia pressupõe a imposição de alguns valores externos para permitir a convivência em sociedade. Contudo, privilegiar a dignidade como heteronomia pode levar a um maior paternalismo do Estado.

Disso se conclui pela necessidade de respeito à dignidade como valorização da pessoa, de sua liberdade e seus direitos fundamentais, em especial na sua esfera mais íntima. Reconhece-se, porém, a possibilidade de serem estabelecidas restrições a essa liberdade individual, que tenham por parâmetro a mesma dignidade, de forma que valores essenciais sejam preservados na vida de sociedade.

Não há como afastar o fato de que, na concretização dessa dignidade, considerando a individualidade de cada pessoa, o conteúdo atribuível pode ser diferente. Assim, podemos falar tanto em uma dignidade humana, que se expande para todo e qualquer ser humano independente de condições pessoais, como em uma dignidade de cada pessoa humana, que deverá ser considerada concretamente. Nesta, deve-se considerar que o que é ofensivo e degradante para uns, pode não ser para outros.

⁴⁵⁶ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões..., pp. 37-38.

⁴⁵⁷ Refere o autor ao tratar da dignidade como heteronomia: “Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma vida boa. Como intuitivo, o conceito de dignidade como heteronomia funciona muito mais como uma restrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Inúmeros autores cancelam a noção de dignidade como freio à liberdade, no sentido de obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia”. BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 42, p. 59, abr./jun. 2010.

Sem desconhecer o caráter relacional, ou nas palavras de Barroso, a dignidade como heteronomia, ressalta-se a concepção ontológica da dignidade que considera o valor autonomia da pessoa. Desta forma, pois, acolhe-se a dignidade no seu caráter relacional, ou elemento comunitário, como elemento que possibilita impor as restrições que permitam a convivência em comunidade, dirigindo-se, pois, a proteção de direito de terceiros ou da ordem social, elementos que autorizam limitação a direitos fundamentais, desde que não atinjam o núcleo essencial da dignidade.

Dado o caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, vincula-se a esse valor direitos fundamentais e de liberdade, situações e posições que preenchem esse conceito. Para fins de concretização dessa dignidade, essas posições reclamam clara proteção, de forma que os direitos fundamentais, individuais e sociais são uma forma de garantia desse valor matriz. Somente em um Estado que assegure direitos básicos, tais como vida, integridade, igualdade, liberdade e autonomia pode-se falar em dignidade da pessoa⁴⁵⁸. Por outro lado, é o valor dignidade que irá dirigir a forma de se interpretar e de aplicar os direitos fundamentais, o que demonstra a íntima ligação entre eles.

Os direitos fundamentais que integram as cartas constitucionais dos Estados de Direito contemporâneos desenvolvem-se, pois, a partir do reconhecimento dessa dignidade⁴⁵⁹. Não se trata de um catálogo fechado, tanto que são passíveis de constantes alterações que agregam novos direitos e que admitem inclusão de direitos análogos que não são expressamente elencados⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Nesse sentido refere Sarlet: “O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões...*, p. 35.

⁴⁵⁹ Leciona Miranda: “Não existe historicamente uma relação necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Aqueles sistemas que funcionalizam os direitos a outros interesses ou fins – como os que já referimos – não assentam na dignidade da pessoa humana. Assim, como concepções doutrinárias de dignidade da pessoa humana, de matriz religiosa ou filosófica, podem não ser acompanhadas – e não o foram até ao final do século XVIII – de catálogos de direitos fundamentais. A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à segunda guerra mundial, e não por acaso”.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 194.

⁴⁶⁰ Como exemplo, cita-se a Constituição brasileira que no § 2º do art. 5º estabelece que os direitos elencados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição, ou dos tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte. O art. 16º da Constituição Portuguesa dispõe nesse mesmo sentido.

Não por outro motivo, pois, que a dignidade da pessoa vem indicada como fundamento do Estado⁴⁶¹ e é o princípio vinculante de direitos fundamentais estabelecidos, em especial os direitos, liberdades e garantias individuais, de interesse mais específico nesta tese.

Como fundamento dos Estados sociais constituídos, o princípio da dignidade humana pode ser considerado como um meta-princípio que está a impor o atendimento de direitos fundamentais das pessoas que compõem esse Estado.

É estabelecido como valor fundamental e como tal é o princípio que *“confere sentido e unidade às disposições constitucionais e, em particular, às relativas aos direitos fundamentais”*⁴⁶².

Os direitos fundamentais encontram na dignidade sua justificativa mais forte. Considerando que a dignidade não é passível de renúncia, a regra direciona-se também para os direitos fundamentais. Contudo, nenhum deles se apresenta de forma absoluta, sendo possível restrições a esses direitos, e mesmo renúncia por parte de seu titular. Ademais, não raro, direitos de mesma fundamentalidade entram em conflito, exigindo ponderação que permita verificar a prevalência de um sobre o outro no caso concreto.

Utilizando como exemplo o objeto dessa tese, há a possibilidade de a pessoa decidir sobre a recusa de tratamentos que lhe retirem a dignidade, muito embora possa colocar em perigo o direito à vida.

A própria dignidade que justifica esses direitos pode determinar a prevalência de um direito sobre o outro, servindo como valor a ser utilizado na aplicação dos direitos fundamentais.

O conteúdo e alcance desse conceito de dignidade humana, na prevalência do elemento autonomia, são medidos pelos parâmetros pessoais e não mais por conceitos

O tema será tratado de forma mais detalhada no próximo item.

⁴⁶¹ Estabelece o art. 1º da Constituição brasileira: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:...III - **a dignidade da pessoa humana**; [...](grifo meu). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Artigo 1.º - (República Portuguesa) Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2015.

⁴⁶² Cfr. PINTO, Paulo Mota. O direito..., p. 151.

impostos pelas crenças dominantes em um determinado espaço social⁴⁶³. Reconhecer a dignidade inerente em cada ser humano impõe reconhecer que é sujeito de direito, a quem se confere liberdade e autonomia, ainda que restrições possam ser estabelecidas, em observação ao elemento comunitário de que se falou.

É, pois, a dignidade da pessoa humana um valor fundamental, fonte direta de direitos e deveres fundamentais, e o princípio que vai informar conteúdo e alcance desses direitos.

3.3 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais encontram sua matriz nos direitos do homem e tem forte vínculo com as declarações universais. A positivação permite a incorporação desses direitos do homem, naturais e inalienáveis, nos sistemas jurídicos, conferindo-lhes a força para se fazerem valer e para obterem a necessária proteção. Considerando o grau de importância desses direitos, outro espaço não lhes poderia ser concedido a não ser o de norma constitucional, dado o caráter hierárquico que ocupa nos ordenamentos jurídicos⁴⁶⁴.

No campo interno, a ligação entre os direitos fundamentais e de personalidade é estreita. O tratamento jurídico, contudo, é diferenciado, considerando o fato de que são dirigidos a pessoas distintas. Enquanto os direitos fundamentais possuem de pronto a chamada eficácia vertical, tratando da relação entre Estado e particulares, os direitos de

⁴⁶³ Nesse sentido leciona Novais: “Hoje considera-se, cada vez mais, que o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é um dado material objectivamente pré-determinável, sendo antes essencialmente conformado pelas concepções e mundividência do interessado, a quem competirá, em última instância, a determinação do sentido da sua dignidade. Em contraponto à concepção tradicional, carregada de valorações filosóficas materiais e que, não raras vezes, transfere o conceito para o domínio dos bons costumes ou da decência, interpretados à luz das representações ideológicas dominantes, procura-se hoje privilegiar uma concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder consequente de conformação da própria vida”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. pp. 275-276.

⁴⁶⁴ Cabe a transcrição da lição de Canotilho para quem, o local exato da positivação dos direitos fundamentais, enquanto direitos jurídico-positivos, só poderia ser na Constituição. Refere o autor: “A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os «direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política», mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*). [...] os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 377.

personalidade, ligados aos direitos civis, regulam a relação entre particulares. Ainda que essas distinções não se apresentem de forma tão clara atualmente, é certo que ainda servem para fins didáticos⁴⁶⁵.

Essa tese tem por objetivo primeiro perquirir sobre os fundamentos constitucionais das diretivas antecipadas, voltado assim para a análise dos direitos fundamentais, em especial direitos, liberdades e garantias individuais.

Considerando o caráter normativo dos direitos fundamentais, a abordagem que se pretende é predominantemente jurídica, embora necessárias referências a questões filosóficas e éticas, as quais não se pode ignorar.

Para fins de estabelecer o fundamento das diretivas antecipadas é necessária a análise da estrutura jurídica constitucional dos direitos fundamentais. Sabe-se da dificuldade de análise genérica da dogmática que envolve os direitos fundamentais, dissociado de uma ordem jurídica específica. Ainda assim, pretende-se a análise dos pontos comuns da doutrina constitucional dos direitos fundamentais, utilizando-se a base dos modernos Estados democráticos de direito e seus pontos de contato, permitindo reconhecer o fundamento para a validade dessas manifestações, como um instrumento ao exercício de direito fundamental da pessoa.

Não há pretensão de formulação e/ou análise de uma teoria de direitos fundamentais, mas do enquadramento das novas situações postas na dogmática que envolve os direitos fundamentais.

Como já reconhecia Pontes de Miranda, os direitos fundamentais são a porta para o desenvolvimento e para a justiça social⁴⁶⁶. No direito brasileiro, Pontes foi um dos primeiros a pensar em elaborar uma doutrina de direitos fundamentais, sustentando que a evolução da humanidade dependia do equilíbrio entre democracia, liberdade e igualdade⁴⁶⁷. Tratam-se de princípios que se interligam e se tornam dependentes. Ou, segundo Pontes, “as três não lutam, - harmonizam-se”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ A eficácia horizontal dos direitos fundamentais será tratada na sequência. Aqui importa ressaltar a incidência primeira dos direitos fundamentais, dirigidos ao Estado.

⁴⁶⁶ Cfr. MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. São Paulo: José Olympio, 1945. p. 286.

⁴⁶⁷ Cfr. SARMENTO, George. **Pontes...**

⁴⁶⁸ Refere o autor: “Nenhuma das três precisa preponderar. Se, conforme a fig. 12, a democracia tem de ser interiorizada, isso não a rebaixa, nem a superpõe às outras. [...] Ora, se temos por preceitos assentes certos princípios de liberdade e de igualdade, tais princípios já não podem ser discutidos, já foram elevados à categoria de princípios pertencentes às regras de fundo das Constituições ou ao próprio cerne inalterável delas. [...] Convencer, em vez de vencer. Toda democracia sã tende a isso. Não há outro caminho, dentro da condição humana, que êsse, - o de se poder corrigir o erro de um, ou de alguns, com a crítica de todos.

Direitos fundamentais da pessoa garantem uma esfera de atuação do indivíduo, sem intervenções indevidas por parte do Estado. Permite, assim, o exercício de liberdades, essenciais para o desenvolvimento da pessoa.

Embora partam dos direitos de liberdade, porque apenas por meio das liberdades pode-se falar no pleno desenvolvimento da pessoa, passam a congregar vários outros direitos que se interligam.

Para possibilitar o pleno desenvolvimento do indivíduo, é necessário o atendimento de direitos materiais, ainda que mínimos⁴⁶⁹. Bonavides reconhece que no Estado contemporâneo: *“sem os direitos sociais a liberdade não seria real nem eficaz para camadas consideráveis da sociedade de classes”*⁴⁷⁰. Assim, direitos fundamentais individuais e sociais se complementam, e não se excluem⁴⁷¹.

Os direitos fundamentais tiveram sua origem na garantia dos direitos individuais, em especial das liberdades frente ao Estado⁴⁷². Daí porque a eficácia primeira que se

Liberdade tende a isso: sem ela, só há uma força: a do sabre, a das bombas. Maior igualdade serve a isso, porque, sem se pensar em todos, só se pensa em si-mesmo; pensando-se em todos, pensa-se em si-mesmo e pensa-se nos outros. Vencer coisas, fatos, problemas; convencer homens.” MIRANDA, Pontes de. **Democracia...**, p. 286.

⁴⁶⁹ Como já advertia Berlin: “mas propiciar direitos ou salva-guardas políticas contra a intervenção do Estado a indivíduos que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é fazer pouco de sua condição. As primeiras coisas devem vir em primeiro lugar: há situações em que um par de botas vale mais que as obras de Shakespeare; a liberdade individual não é a principal necessidade de todo mundo”. BERLIN, Isaiah. **Quatro...**, p. 12.

⁴⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. p. 185.

⁴⁷¹ Para Bonavides houve um grave erro constitucional de ordem interpretativa considerar que os direitos de liberdade e sociais como antagônicos. Diz o autor: “A escolha alternativa, pois, entre Sociedade (a dos direitos da liberdade) e Estado (o dos direitos sociais) era falsa. E, por ser falsa, somente poderia conduzir a uma realidade fática de dependência ou a uma normatividade impregnada de proposições supressivas da liberdade humana. [...] O contraste direitos sociais e liberdade veio, porém, a suprimir-se com o advento de uma concepção de liberdade real, expressa pela referência ao homem-pessoa, em substituição do homem-indivíduo. Provido de novas dimensões, oriundas de sua inserção no meio social, esse Homem entrou a ser a um tempo subjetivo e objetivo, e não apenas objeto, como a antiga concepção dos direitos fundamentais parecia inculcar. [...] Os textos em geral não confundem os direitos liberais com os direitos sociais, tanto que a Europa os codificou em distintas cartas. [...] Os direitos sociais são, todavia, os mesmos direitos fundamentais à luz de um novo exame, como se houvessem recebido um enriquecimento de conteúdo. Não se deve, por conseguinte, estabelecer hiato ou antagonismo entre aquelas duas categorias de direitos: os da liberdade e os sociais”. BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. pp. 184-185.

⁴⁷² Bonavides, com referência na obra de Carl Schmitt, identifica os critérios formais e matérias dos direitos fundamentais, e refere: “Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável. Corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais”. De tal modo que – prossegue Schmitt noutro lugar da Teoria da Constituição – as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito...**, pp. 575-576.

aplica é a eficácia vertical, isto é, de sua incidência direta na relação indivíduo/Estado, com a finalidade que o Estado respeite a autonomia individual⁴⁷³.

Referiam-se exatamente a esses direitos que se constituem principalmente das chamadas liberdades negativas porque pressupõe um dever de omissão, consistente na não intervenção por parte do Estado na esfera individual privada.

Se essa foi a origem histórica dos direitos fundamentais, é certo que muito se evoluiu nesse campo. Embora o reconhecimento do direito de igualdade, inicialmente vinculado a uma igualdade formal, que considera todos iguais perante a lei, verificou-se a manutenção de uma desigualdade material⁴⁷⁴. Assim, acrescentam-se novos direitos fundamentais de caráter positivo, identificados como sociais, econômicos e culturais, que exigem do Estados prestações, e não mais apenas abstenções.

O surgimento do Estado Social e o avanço dos estudos voltados ao Direito Constitucional na Europa, principalmente no período de reconstitucionalização ocorrido após a 2ª Guerra Mundial, faz surgir uma nova concepção em relação aos direitos fundamentais⁴⁷⁵. Não apenas com a positivação de novos direitos, mas com uma nova interpretação destes. Os direitos fundamentais deixam de existir apenas sob uma perspectiva subjetiva e passam a ser reconhecidos também no viés objetivo⁴⁷⁶.

Para Sarlet, a multifuncionalidade dos direitos fundamentais não é um tema novo⁴⁷⁷, apontando, como exemplo, a teoria dos quatro status de Jellinek⁴⁷⁸, que já

⁴⁷³ Cfr. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 98-99.

⁴⁷⁴ Já aqui cabe salientar que se está a tratar das desigualdades que afetam a dignidade da pessoa e não das diferenças que engrandecem os seres humanos.

⁴⁷⁵ Refere Otero: "Se, salvo exceções (v. g., a Constituição francesa da III República), quase todos os textos constitucionais oitocentistas e novecentistas anteriores a 1945 integram um elenco de direitos fundamentais, verifica-se que esse movimento de centralidade discursiva dos direitos fundamentais surge reforçado através das Constituições ocidentais posteriores ao termo da II Guerra Mundial: trata-se de textos constitucionais que impõem ao Estado o propósito implementador do bem-estar social, harmonizando a tutela de direitos individuais herdados do liberalismo, e a consagração e garantia de direitos sociais". OTERO, Paulo. **Instituições...**, pp. 347-348.

⁴⁷⁶ Cfr. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 130.

⁴⁷⁷ Diz o autor: "A constatação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não constitui, por outro lado, nenhuma novidade e pode - a despeito dos novos e importantes desdobramentos vinculados às perspectivas subjetiva e objetiva - ser reconduzida a doutrina dos quatro status de Georg Jellinek, do final do século passado, onde encontraria sua vertente, tendo sido, além disso, (inclusive entre nós), utilizada recentemente como referencial para a classificação dos direitos fundamentais". SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 156.

⁴⁷⁸ A teoria é apresentada no livro Sistema dos direitos subjetivos públicos. O autor identifica quatro status: *Status* passivo (*status* subjectionis), o *status* negativo (*status* libertatis) o *status* positivo (*status* civitatis) e o *status* ativo (*status* da cidadania ativa). JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbientivi**. trad.: Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libreria, 1912. p. 106 e ss. Disponível em:

reconhecia o importante papel dos direitos fundamentais, dirigidos para o Estado administrador, mas também para o legislador, ou seja, direcionando seus valores para toda a ordem jurídica⁴⁷⁹.

Sobre a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, Sarmento afirma que é o reconhecimento desses direitos como valores mais importantes de uma comunidade política⁴⁸⁰ que impõe ao Estado uma atuação positiva no sentido da promoção e da proteção a esses direitos, colocando-os na posição de sistema valorativo e de fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais apresentam-se, simultaneamente, como conjunto de valores essenciais do ordenamento objetivo da comunidade nacional e por outro lado como direitos subjetivos individuais. E a verificação dessa dupla perspectiva dos direitos fundamentais constitui uma das mais relevantes formulações do Direito Constitucional contemporâneo⁴⁸¹.

Esses direitos devem ser observados não apenas sob a ótica das dimensões subjetivas conferidas a seus titulares, mas também sob o aspecto da construção de situações jurídico-objetivas, que concorram para o atendimento das expectativas por eles promovidas.

Segundo Hesse, há uma relação de complementação e fortalecimento recíproco entre essas duas dimensões dos direitos fundamentais pois, se por um lado são direitos

<<http://pt.slideshare.net/AdrianodaCosta/georg-jellinek-diritti-pubblici-subbiattivi>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

A teoria de Jellinek, ainda bastante utilizada para fins de identificar as funções dos direitos fundamentais, é objeto de tentativas de adequação ao atual Direito Constitucional.

⁴⁷⁹ Ao tratar dos direitos fundamentais, já referia Jellinek: “Lo scopo legislativo di questa enumerazione di diritti fondamentali era duplice: essa doveva servire per tutelare la libertà individuale, in quelle determinate sue manifestazioni, non solamente contro l’amministrazione dello Stato, e cioè contro la costruzione giudiziaria e specialmente contro quella della polizia, quanto anche contro la legislazione. Essa doveva costituire una barriera non soltanto per i funzionari, ma anche per quella medesima volontà legislativa dello Stato, dalle quale la enumerazione emanava. A realizzare entrambi questi scopi tendono in due modi le disposizioni statutarie innanzi accennate: o col vietare alla legislazione di introdurre nuove disposizioni restrittive delle libertà garantite, o col prescrivere al legislatore di mettere determinati principi a base di una futura legislazione”. (Livre tradução: A finalidade legislativa da enumeração dos direitos fundamentais era dupla: ela se destinava a proteger a liberdade individual, nas suas manifestações particulares, não só contra a administração do Estado, e isso significa contra a coerção judicial e, especialmente, contra a polícia, como também contra a legislação. Deveria constituir uma barreira não só para os funcionários, mas também para a mesma vontade do legislador estatal, da qual emanou a enumeração. Para atingir ambos os objetivos as disposições legais mencionadas, atuam de duas maneiras: ou ao efeito de proibir a legislação de introduzir novas disposições restritivas das liberdades garantidas, ou pela prescrição para o legislador de utilizar como base certos princípios, em legislação futura.). JELLINEK, Georg. **Sistema...**, p. 107.

⁴⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos...**, p. 130.

⁴⁸¹ Neste sentido ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 141.

subjetivos do particular, por outro são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.

Refere o autor:

*Por causa desse caráter duplo, os direitos fundamentais produzem efeito fundamentador de status: como direitos subjetivos, eles determinam e asseguram a situação jurídica do particular em seus fundamentos: como elementos fundamentais (objetivos) da ordem democrática e estatal-jurídica, eles o inserem nessa ordem que, por sua vez, pode ganhar realidade primeiro pela atualização daqueles direitos subjetivos*⁴⁸².

A complementaridade entre as duas perspectivas dos direitos fundamentais se torna evidente. Não há como falar em uma dimensão subjetiva, vista como fonte de direitos subjetivos, sem abordar a dimensão objetiva, a funcionar como um sistema de valores do ordenamento.

Para Bonavides, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais resulta em importantes inovações constitucionais⁴⁸³, das quais salienta-se a irradiação dos valores representados por direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico.

De acordo com a lição de Sarlet em sua perspectiva objetiva, os direitos fundamentais não pertencem ao indivíduo de forma isolada, podendo se falar em restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, o reconhecimento dessa perspectiva contribui para a limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, ainda que haja a necessidade de sempre se preservar o núcleo essencial desses direitos⁴⁸⁴.

Como um importante desdobramento dessa dimensão objetiva, surge a teoria dos deveres de proteção, a qual prevê que o Estado não deve apenas abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas está obrigado também a protegê-los diante das lesões

⁴⁸² Cfr. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito** Constitucional da República Federal da Alemanha. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 230.

⁴⁸³ O autor identifica como inovações resultantes do reconhecimento dessa acepção objetiva dos direitos fundamentais: "a) a irradiação dos direitos fundamentais em todas as áreas do Direito; b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios; c) a eficácia vinculante, cada vez mais ativa e ampla, com respeito aos poderes constituídos, principalmente em relação ao Legislativo; d) a aplicação direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, suprimindo o caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, nas quais os direitos fundamentais passam a ser entendidos como postulados sociais que exprimem valores e paralelamente servem de inspiração para a legislação, a administração e a jurisdição; f) desenvolvimento da eficácia entre particulares; g) a aquisição de um duplo caráter, mantém a dimensão subjetiva à qual é adicionada a objetiva; h) a formação do conceito de concretização; i) a utilização do princípio da proporcionalidade associado à hermenêutica *concretizante*; j) a introdução do conceito de *pré-compreensão*, indispensável à concretização." BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito...**, pp. 619-620.

⁴⁸⁴ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 146.

e ameaças provenientes dos particulares. Dessa forma, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, o Estado deverá proporcionar uma proteção adequada a estes direitos em face da conduta de outros atores privados⁴⁸⁵.

Sob a perspectiva subjetiva, de um modo geral, os direitos fundamentais podem ser vistos como um espaço de proteção da liberdade do titular, além da possibilidade de que esse exerça o controle sobre os seus direitos e as relações correlatas.

Na perspectiva subjetiva, Sarlet afirma que são várias as possibilidades que podem construir o objeto de um direito subjetivo fundamental. Ressalta, contudo, que *“os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes de mais diversas naturezas e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários”*⁴⁸⁶.

Alexy, ao tratar do sistema de posições jurídicas fundamentais, identifica uma tríplice divisão das posições, quais sejam, direito a algo, liberdades e competências. Na estrutura básica do direito a algo constata a possibilidade de ter por objeto uma ação negativa do destinatário, comumente designada como direitos de defesa, ou uma ação positiva, que pode ou não corresponder aos direitos prestacionais.

Divide o direito às ações negativas em três grupos, a saber: direito ao não-embaraço de ações, direito a não-afetação de características e situações e direitos a não-eliminação de posições jurídicas. Quanto às ações positivas, refere que podem ter por objeto uma ação fática ou uma ação normativa⁴⁸⁷.

Um mesmo direito fundamental elencado pode exigir ambas as ações por parte do Estado. O direito à vida, por exemplo, compreende esses dois aspectos, pois ao mesmo tempo em que impõe ao Estado a obrigação de respeito à vida da pessoa⁴⁸⁸, também tem a exigência de sua proteção. Ou, da maneira descrita por Alexy, o direito à

⁴⁸⁵ Cfr. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Rev. TST**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 73, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legate/files/2014/07/A-efic%C3%A3cia-dos-Direitos-Fundamentais-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-entre-particulares.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016. p.130.

⁴⁸⁶ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, pp. 152-153.

⁴⁸⁷ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, pp. 196-203.

⁴⁸⁸ Ressalta-se que ao admitir a vida como bem inviolável, as modernas constituições estabelecem a proibição de se estabelecer a pena de morte e a tortura. Ver, por exemplo, art. 24º item 2 e art. 25º item 2 da Constituição Portuguesa.

vida representa face o Estado *“um direito que este não o mate”* e também *“um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros”*⁴⁸⁹.

Dessa maneira pode-se afirmar que há uma complementariedade entre as dimensões, objetiva e subjetiva, dos direitos fundamentais. Enquanto que a dimensão subjetiva é entendida com a proteção de tais direitos, a objetiva tem a tarefa de limitar o poder e indicar sua diretriz para a sua ação, influenciando todo o ordenamento jurídico.

Não há um conceito próprio do que são esses direitos fundamentais. Atingem várias categorias, não se limitando aos direitos existenciais do indivíduo. Diante do reconhecimento que para efetivar direitos individuais é preciso também assegurar direitos de cunho social, alargou-se o campo de incidência dos direitos fundamentais.

A irradiação desses princípios atinge também as esferas privadas, direcionando para a leitura do direito privado, com a interpretação de acordo com os princípios constitucionais. Daí porque falar também na eficácia horizontal desses direitos. O reconhecimento de novos direitos e a prevalência de outros valores alteraram também a forma de tratamento das esferas sociais e jurídicas do público e do privado⁴⁹⁰.

Várias classificações dos direitos fundamentais foram propostas. Dada a importância desses direitos e ao conteúdo aberto, em grande parte a ser adaptado nas situações fáticas de seu debate, verifica-se que o enquadramento de um mesmo direito dependerá do ponto de vista em que se analisa⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Alexy, referindo decisão do Tribunal Constitucional Federal, ao interpretar norma da Constituição alemã, refere: “O art. 2º, § 1º, I, da Constituição alemã estabelece tanto “negativamente um direito à vida”, que exclui “sobretudo o homicídio estatalmente organizado”, como também positivamente um direito a que o Estado intervenha “de modo a proteger e fomentar essa vida”, o que significa sobretudo “protegê-la contra intervenções ilegais por parte de terceiros”. ... Os direitos apresentados diferenciam-se exclusivamente em relação ao seu objeto. Um dos direitos tem como objeto uma ação negativa (abstenção) do destinatário; o outro, uma ação positiva (um fazer). A distinção entre ações negativas e positivas é o principal critério para a divisão dos direitos a algo com base em seus objetos.” ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 195.

⁴⁹⁰ Facchini Neto analisa a preponderância, ao longo da história, ora de aspectos privados, ora de aspectos públicos. Com o advento do constitucionalismo social e de um maior intervencionismo estatal, há primazia do direito público sobre o privado. O autor analisa o que representa essa supremacia: “no âmbito do direito privado, esse novo período é caracterizado pelo fato de que também o poder da vontade dos particulares encontra-se limitado. Essa limitação, ao contrário do período anterior, não se dá apenas em virtude da aplicação de normas imperativas editadas em proveito de outros particulares, como é o caso das regras do direito de vizinhança. Essa nova limitação se dá principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade humana. Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana”. FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões...*, p. 46.

⁴⁹¹ Jorge Miranda apresenta várias categorias de classificações: de agir e de exigir; individuais e institucionais; comuns e particulares; do homem, do cidadão e do trabalhador; pessoais, sociais e políticos; gerais e especiais; materiais e procedimentais; etc. Algumas ele próprio classifica como muito abstratas. Outras, tais como a classificação entre direitos fundamentais individuais e institucionais, como categorias que não gozam de unanimidade diante de posições que consideram que os direitos

Dessas classificações é importante identificar a diferença entre os direitos, liberdades e garantias dos direitos sociais, econômicos e culturais, distinção que também implica em tratamento jurídico diverso, mesmo em termos de segurança.

Outrossim, como já referido, novos direitos surgem ou são reconhecidos ao longo do tempo. Circunstância inevitável considerando a dinâmica da vida tanto no âmbito individual como coletivo. Sempre que agregamos novos conhecimentos surgem novas possibilidades e situações, que passam a exigir atenção e em muitas dessas novas circunstâncias também a proteção a um novo direito. Em alguns casos, trata-se de mero reconhecimento de que um determinado direito se apresenta como fundamental ao homem. Em outros, trata-se de surgimento de direitos efetivamente novos.

Os direitos fundamentais funcionam como um limitador jurídico tanto dirigido ao Estado como aos particulares, pois o Estado deverá promover mecanismos de segurança ao exercício da autonomia pessoal e da liberdade individual⁴⁹².

Esses direitos são apresentados como direitos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Todas essas características, embora efetivamente se apliquem aos referidos direitos, não podem ser vistas como absolutas.

Como se tratam de direitos essenciais do homem, de forma genérica, é possível considerar a incidência dessas características. O feixe de direitos fundamentais, contudo, dada a sua extensão, não comporta o reconhecimento de iguais características aplicadas a todos eles. Assim, embora inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade possam se apresentar como regra aos direitos fundamentais, comportam exceções considerando cada direito e cada caso.

Assim que, por exemplo, direitos como a liberdade de crença são imprescritíveis, e podem ser invocados a qualquer tempo pela pessoa. Outros direitos como o da propriedade podem vir a ser atingidos pela prescrição aquisitiva de outrem. Esse mesmo

fundamentais são posições jurídicas subjetivas individuais, de forma que, mesmo direitos de pessoas coletivas apenas teriam a característica de fundamental enquanto reconhecido como direito do indivíduo no seio da formação social a que pertence. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., pp. 96 e ss.

⁴⁹² Nesse sentido, Novais, que parte da ideia de que ter um direito fundamental em um Estado de Direito, equivale a ter um trunfo, leciona: “ter um direito fundamental segundo a concepção dos direitos como trunfos significa duas coisas: de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões providas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 34.

direito de propriedade, por sua vez, também é passível de alienação, por óbvio. Da mesma forma, direitos fundamentais poderão ser objeto de renúncia quanto ao seu exercício, como se analisará na sequência⁴⁹³.

A regra permanece a da imprescritibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, daí porque possível a indicação desses predicados como sendo características dos direitos fundamentais.

Considerando a sistemática constitucional dos direitos fundamentais, cabe analisar a estrutura de suas normas e, em especial, o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias, de especial interesse nessa tese. Ainda, a recepção dos novos direitos fundamentais, a irradiação de seus efeitos ao direito privado, a possibilidade e os limites de sua restrição, assim como perquirir sobre a possibilidade de renúncia desses direitos e/ou de seu exercício.

3.3.1 Dimensões dos Direitos Fundamentais

A análise do caminho trilhado pelos direitos fundamentais tem por finalidade especial demonstrar a dinâmica que permeia a questão dos direitos do homem, em permanente desenvolvimento. A identificação e recepção desses direitos dá-se por sucessivas e cumulativas fases, que muitos denominam de dimensões ou gerações de direitos fundamentais.

Para tratar da evolução histórica dos direitos fundamentais era utilizado o termo gerações, terminologia que foi acolhida, em um primeiro momento, pela maioria dos autores. Bonavides alude ao critério metodológico de classificação dos direitos humanos em gerações: *“é apenas indicativa daqueles que se delinearam em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo”*⁴⁹⁴.

Essa classificação, originariamente⁴⁹⁵, afirmava que a evolução dos direitos do homem e seu processo de concretização correspondiam, em termos gerais, à clássica

⁴⁹³ Cfr. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria...**, p. 8.

⁴⁹⁴ Cfr. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito...**, p. 584.

⁴⁹⁵ De acordo com Trindade, a tese das gerações de direito foi elaborada por Karel Vasak, jurista tcheco, radicado na França, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Karel, inspirado nos temas da bandeira francesa *Liberté, Egalité, Fraternité*, teria sido o primeiro a utilizar a expressão “gerações de direitos”. CANÇADO TRINDADE questiona a tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio. In: SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A

tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Com efeito, na medida que os direitos vão sendo reconhecidos ou impondo novas leituras, é possível identificar a incidência maior desses valores.

A referência aos direitos fundamentais em gerações, contudo, pode conduzir a uma ideia de substituição ou mesmo de um escalonamento, que possa levar a uma equivocada ideia de que direitos de uma geração tenham superioridade ou substituição sobre os de outra. Daí porque muitos autores deixam de utilizar essa terminologia, muitos optando pela referência a dimensões⁴⁹⁶.

A despeito da terminologia adotada⁴⁹⁷, deve ficar claro que a classificação apresentada é apenas com fins didáticos, certo que não há substituição de direitos de uma determinada geração/dimensão por outra, mas a identificação de que direitos de diferentes matizes, embora todos de fundamental importância para a pessoa humana, convivem em uma mesma delimitação espaço-tempo.

A análise na sequência histórica, contudo, é importante para mostrar os valores que foram sendo agregados ao se tratar de direitos fundamentais, vinculados aos movimentos do constitucionalismo contemporâneo, que tem exatamente nesses direitos fundamentais sua parte mais nobre. As referências que se seguem já foram aludidas no item 3.1.

Com raízes na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, os direitos de primeira dimensão são os direitos da liberdade, e surgem com as primeiras constituições escritas⁴⁹⁸.

Apresentados como direitos de cunho negativo, consistem em liberdades individuais oponíveis em face do Estado, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição, vez que demandam uma postura absenteísta do Estado, criando obrigações de não fazer, de não interferência sobre aspectos da vida pessoal dos indivíduos.

Proteção Internacional Evento Associado à V CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴⁹⁶ Nesse sentido ver DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? **Âmbito. Jurídico.com.br**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 24 set. 2016.

⁴⁹⁷ Nesta tese, opta-se pelo termo dimensões, indicado no subtítulo, pela atualidade e para reforçar a ideia de que não se trata de direitos que se sobrepõem.

⁴⁹⁸ Leciona Bonavides: "Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidental". *Cfr.* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito...**, p. 577.

Referem-se às liberdades individuais, entre outros, o direito à vida, à propriedade, à segurança, à igualdade perante a lei, às liberdades de expressão e associação, a o devido processo legal, bem como os direitos políticos. Cuidam-se assim dos chamados direitos civis e políticos⁴⁹⁹.

Diante dos graves problemas sociais e econômicos e do impacto social gerados pela revolução industrial, as doutrinas socialistas entenderam que a consagração formal da liberdade e igualdade não garantiam a sua efetivação. Dessa forma surgem os movimentos reivindicatórios que demandam uma postura ativa do Estado, exigindo que este passe a intervir na busca da realização da justiça social e na garantia de direitos a todos os indivíduos por meio do bem-estar social. Surgem, dessa forma, os direitos econômicos, sociais e culturais reconhecidos como direitos de segunda dimensão⁵⁰⁰. A esses direitos, juntam-se novas liberdades, como a liberdade sindicalização, notadamente de cunho mais social⁵⁰¹.

Afastando-se mais da concepção individualista que direcionou os direitos de primeira dimensão, tem-se o reconhecimento dos direitos relativos a uma coletividade, que podem se referir a direitos coletivos propriamente, direitos individuais homogêneos que acolheriam um determinado número de pessoas e os direitos difusos. São os chamados direitos de terceira dimensão, dos quais se pode ter, por exemplo, direitos ao meio ambiente⁵⁰².

Os direitos de terceira dimensão começam a se cristalizar no final do século XX e, apesar de não estarem totalmente positivados no Direito Constitucional, são muito

⁴⁹⁹ *Cfr.* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 47.

⁵⁰⁰ Refere Bonavides: “os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. [...] Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”. *Cfr.* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito...**, pp. 578-579.

⁵⁰¹ Destacam-se neste contexto as palavras de Ingo Sarlet: “há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo [...] A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. *Cfr.* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 48.

⁵⁰² *Cfr.* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria...**, p. 14.

difundidos por meio de diversos tratados e convenções. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, desprendem-se da figura do indivíduo como seu principal titular, tendo como destinação à proteção coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável. Dentre os direitos dessa dimensão pode-se citar os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente.

Alguns autores acrescentam o que identificam como direitos fundamentais de quarta dimensão. São os direitos relativos às gerações futuras, onde também se incluem novos direitos que decorrem do conhecimento adquirido no campo da biotecnologia. Para outros autores, seriam apenas desdobramentos de direitos da terceira dimensão⁵⁰³. Identificam-se direitos como as garantias contra manipulação genéticas, direito de morrer com dignidade, direito à mudança de sexo. Direitos, pois, que estão em processo de reivindicação e desenvolvimento, que correspondem a novos aspectos deduzidos do princípio da dignidade da pessoa humana, diretamente vinculados à ideia de liberdade-autonomia e proteção da vida e outros bens fundamentais frente ao Estado e particulares.⁵⁰⁴

Não há clara identificação desses direitos, havendo divergência quanto ao seu conteúdo. Certo é que doutrinadores identificam a inclusão de novos direitos que por vezes passam a redimensionar os anteriores, classificando-os em diferentes dimensões^{505 506}.

É importante identificar a evolução histórica do reconhecimento desses direitos. Observando essa sequência verifica-se que o valor que prepondera em cada etapa é

⁵⁰³ A inclusão desses direitos em uma nova geração de direitos fundamentais é tema que tem suscitado debates. Para Dantas, os direitos ligados aos avanços tecnológicos seriam desdobramento de direitos de terceira geração. Reconhece o autor que, considerando-se como de nova geração ou não, há ressignificação de direitos fundamentais como o direito à vida, na sua relação com a ciência e com a bioética. Nesse sentido ver DANTAS, Ivo. *Constituição...*, pp. 88-93.

⁵⁰⁴ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, pp. 49-50.

⁵⁰⁵ Bonavides identifica como direitos de quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Refere o autor: "Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] Enfim, os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política". Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito...*, pp. 586-587.

⁵⁰⁶ A título de exemplificação das divergências de classificação entre as diversas dimensões identificadas, indica-se o direito à paz, que Bonavides reconhece como um direito de quinta geração, enquanto que Vasak já havia o classificado como direito de fraternidade, qual seja, de terceira dimensão. Para o autor, contudo, elevá-lo a patamar superior, a frente de uma nova geração de direitos, confere-lhe visibilidade incomparavelmente maior. Essa distinção apresentada demonstra que as diferentes gerações, como ele denomina, ou diferentes dimensões, como se optou por chamar nessa tese, são relevantes na medida em que conferem maior importância a determinados direitos que, assim, não excluem os anteriores, mas a eles acrescentam novo valor. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito...*, pp. 598 e 602.

diferente. Se em uma primeira fase, nos direitos fundamentais reconhecidos, o valor maior que os apoia era o de liberdade, na segunda pode-se identificar a igualdade material. E nos chamados direitos de terceira dimensão, a solidariedade. Essas dimensões de direitos reconhecidos implicam em uma mudança de paradigma, qual seja, a saída de uma visão mais individualista, na qual se concentrava a primeira dimensão, para uma visão com base nos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Em síntese, primeira geração corresponde aos direitos civis e políticos relacionados à máxima da liberdade perante o Estado (*Liberté*), na segunda geração foram estabelecidos os direitos sociais, culturais e econômicos – as relações do indivíduo com o meio social dos séculos XIX e XX, como posições jurídicas dependentes da ação estatal e vocacionadas à igualização material dos indivíduos (*Égalité*) e, finalmente, os de terceira geração, que correspondem a afirmação dos direitos de solidariedade, que não têm como escopo principal a proteção do indivíduo enquanto tal, mas sim os interesses coletivos de todo o povo, como o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz e a livre determinação (*Fraternité*)⁵⁰⁷.

Fica certo, contudo, que não há a substituição de uma etapa por outra, mas uma expansão e consequente fortalecimento dos direitos fundamentais. A importância dos direitos individuais permanece, ainda que com o reconhecimento de direitos fundamentais voltados para outros valores como é a solidariedade, impondo uma nova visão da tutela da autonomia privada, conferindo-se maior força a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa breve análise confirma a ideia de que esses direitos fundamentais resultam de demandas concretas e decorrem das incansáveis lutas contra as agressões que atingem bens fundamentais e indisponíveis à existência digna. Não obstante a classificação dos direitos fundamentais em dimensões, é assente o entendimento de que não há sucessão entre uma e outra. O que ocorre é a expansão, cumulação e fortalecimento desses direitos.

⁵⁰⁷ Cfr. PIOVESAN, Flávia. **Direitos...**, p. 135.

3.3.2 A estrutura das normas de direito fundamental: regras e princípios

Consagrou-se a divisão das normas em princípios e regras, distinção aplicada em especial às normas constitucionais e dentre delas as de direitos fundamentais. Esta distinção permite identificar a estrutura e os resultados imediatos da norma no ordenamento jurídico, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais. Para Alexy, essa distinção é a “coluna-mestra” de uma teoria dos direitos fundamentais⁵⁰⁸.

A ideia de que a norma comporta essas grandes divisões e o acolhimento da força normativa dos princípios é importante para a compreensão do constitucionalismo moderno.

A normatização dos princípios acrescenta ao ordenamento jurídico conceitos éticos que, considerando sua estrutura de otimização, terão expansão para as demais normas. Funciona como a porta de entrada de valores para dentro do ordenamento jurídico. O pensamento jurídico moderno, pois, acolhe essa normatização dos princípios que tende a incrementar o valor «justiça» que o norteia.

De acordo com Ramires, a emergência da normatização dos princípios decorre da falência do modelo de regras autossuficientes, mas de conteúdo moral neutro. Identificou-se a necessidade de superar a separação entre direito e moral, de cunho positivista que predominava até então, de forma que “o sistema jurídico pudesse passar a preocupar-se também com o conteúdo (ou a justiça) das regras”⁵⁰⁹.

A divisão da norma em regras e princípios é apresentada, em especial, por doutrinadores como Dworkin⁵¹⁰ e Alexy⁵¹¹, embora com diferenças no desenvolvimento

⁵⁰⁸ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 85.

Prossegue o autor: “Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. [...] A distinção entre regras e princípios, constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.

⁵⁰⁹ Cfr. RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁵¹⁰ Para Dworkin, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. Refere o autor: “As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] A regra pode ter exceção, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] As regras não têm essa dimensão.

de suas teorias⁵¹². É certo que ambos identificam duas modalidades de normas aplicadas de forma diversa.

No âmbito das normas constitucionais e, dentre elas, em especial as de direito fundamental, a distinção e a forma de sua aplicação se tornam evidentes.

Barroso, de forma didática, refere que a distinção entre regras e princípios pode ser analisada de acordo com o seu conteúdo, sua estrutura e sua aplicação⁵¹³.

No que diz respeito ao conteúdo, os princípios expressam decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética ou fins públicos a serem realizados, de forma que se dirigem tanto para direitos individuais como interesses coletivos. Já as regras são mais objetivas, indicando um preceito, uma proibição ou uma permissão⁵¹⁴.

Quanto a estrutura, enquanto a regra estabelece um comportamento de forma mais objetiva, concedendo pouca margem de interpretação, os princípios ao contrário

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. pp. 39-43.

⁵¹¹ Alexy, ao tratar do caráter *prima facie* das regras e princípios, discorda de Dworkin, referindo ser simplista a distinção apresentada por ele. Para o doutrinador alemão, há necessidade de um modelo diferenciado que, para as regras, seria reconhecer a possibilidade de uma cláusula de exceção na decisão de um caso, quando então a regra perderia o caráter definitivo sustentado por Dworkin. Alexy reconhece que o enfraquecimento do caráter definitivo de uma regra não implica em que tenha o mesmo caráter *prima facie* de um princípio. Refere o doutrinador: “Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção. [...], contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daqueles dos princípios. [...] Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras [...]”. ALEXY, Robert. **Teoria...**, pp. 104-105.

⁵¹² Jorge Miranda apresenta de forma sintética as posições dos dois autores: “Por exemplo, para Dworkin, as regras são aplicáveis no estilo de tudo ou nada aos factos que preveem; podem conhecer exceções, mas, quando assim sucede, é incorreto enunciá-las sem essas exceções. Os princípios, ao invés, não comportam consequências jurídicas que decorram automaticamente; um princípio não indica tanto a necessidade de uma determinada decisão quanto uma razão para ir num certo sentido. Os princípios comportam uma dimensão de peso e tudo está em tomar o peso relativo de cada um; não as regras. Segundo Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida então tem de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras contêm determinações no âmbito do fáctico e juridicamente possível. A diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II: Constituição. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. pp. 265-266.

⁵¹³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, p. 240.

⁵¹⁴ O autor exemplifica como princípios: república; estado democrático de direito; dignidade humana, desenvolvimento nacional, etc... Alerta, no entanto, que algumas vezes “o termo é utilizado, um tanto atecnicamente, para realçar a importância de determinadas prescrições que não são em rigor princípios, como ocorre nas referências a princípio do concurso público e da licitação (ambos decorrência específica de princípios como os da moralidade, da impessoalidade, da isonomia) ou da irredutibilidade de vencimentos”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, p. 240.

não descrevem uma conduta a ser seguida, mas indicam de forma mais abrangente um ideal a ser perseguido, o que pode ser alcançado de diversas formas⁵¹⁵.

A nota mais distintiva entre essas duas categorias de normas, contudo, é, possivelmente, a forma de sua aplicação. Enquanto os princípios são normas de otimização do sistema, a regra corresponde a uma determinada escolha legislativa e se impõe no tudo ou nada.

As regras estabelecidas, portanto, estão no campo da validade/invalidade. Se válida, deve ser aplicada. Se inválida, deve ser declarada como tal. Desta forma, não há o que falar em colisão de regras. Eventuais regras contraditórias entre si são solucionadas pelo reconhecimento da regra válida, salvo quando estabelecida uma cláusula de exceção.

A cláusula de exceção representa uma ressalva estabelecida para determinada regra. Portanto, a regra se aplica salvo se a exceção prevista se apresentar, mas ainda aqui não se identifica colisão. No mais, a regra válida deve ser aplicada. Cabe ressaltar que a norma será válida se estiver de acordo com o sistema jurídico posto. Assim, uma vez estabelecida, deverá ser aplicada não se sujeitando a ponderações ou adequações.

Os princípios, por sua vez, são mandados de otimização. Vale dizer: uma vez acolhidos, direcionam o ordenamento para sua concretização.

O próprio fundamento da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais diretamente vinculados a ele apresentam-se como princípios que irão direcionar as demais regras jurídicas. É o caso do direito à vida e à liberdade. Direitos fundamentais vinculados diretamente a dignidade da pessoa direcionam o conteúdo e a interpretação das normas jurídicas postas no ordenamento.

Desta forma, diferentemente das regras é possível a colisão desses princípios, quando então será necessária a análise de prevalência de um sobre o outro. Essa prevalência somente será possível de ser analisada frente ao caso concreto.

⁵¹⁵ Ao tratar da estrutura dos princípios, refere Barroso: “princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Há muitas formas de respeitar ou fomentar o respeito à dignidade humana, de exercer com razoabilidade o poder discricionário ou de promover o direito à saúde. Aliás, é nota de singularidade dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a existência de diferentes meios para sua realização. Tal abertura faz com que os princípios funcionem como uma instância reflexiva, permitindo que os diferentes argumentos e pontos de vista existentes na sociedade, acerca dos valores básicos subjacentes à Constituição, ingressem na ordem jurídica e sejam processados segundo a lógica do Direito”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, p. 241.

Importante salientar que não há distinção de grau entre regras e princípios. A diferença é qualitativa e não quantitativa. Não há, pois, própria supremacia de um, pois estamos falando de normas diversamente qualificadas, mas de igual hierarquia.

Há, contudo, o que Ramires identifica como um salto qualitativo dos princípios em relação às regras⁵¹⁶, o que lhes conferem superioridade, dada a sua identificação com as normas constitucionais⁵¹⁷.

Estabelecida a regra, contudo, e se for ela válida, implica em dizer que está de acordo com o ordenamento e, desta forma, feita a escolha legislativa, deverá ser aplicada. Salienta-se que a eleição legislativa de uma regra implica em reconhecer que ela já passou sobre o crivo da avaliação de conformidade com o ordenamento.

Em um ordenamento jurídico, o ideal é uma adequação e equilíbrio entre regra e princípios. O ordenamento que privilegie em demasia a regra, embora atenda ao fim da segurança jurídica, não atende a contento ao bem justiça. Enquanto que um ordenamento que privilegie os princípios, embora possa apresentar-se mais justo, pela sua maior flexibilidade, não atende de forma eficiente ao ideal de segurança jurídica⁵¹⁸.

Salienta-se que tanto a justiça como a segurança jurídica são bens importantes para o convívio e a paz social. Poder aliar a segurança jurídica com a necessária flexibilização que permita adequar os conceitos dentro de um patamar de maior justiça é, sem dúvida, um ideal.

Os direitos fundamentais, na sua maioria, são apresentados como princípios. Contudo, para a formulação de uma teoria dos direitos fundamentais, deve-se reconhecer que um modelo puro de princípios, assim como um modelo puro de regras,

⁵¹⁶ Diz o autor: “Assim, os princípios são normas que não se limitam à subsunção da sua previsão abstrata a uma *fattispecie* concreta prevista por um legislador, ou mesmo por um constituinte. Esta é a constatação fundamental do pós-guerra: não é qualquer direito que pode ser positivado. E este, pois, é o salto qualitativo dos princípios em relação às regras: eles não existem como princípios simplesmente porque a autoridade da Constituição os instituiu; ao contrário, a Constituição é que é materialmente legítima porque consagra a carga principiológica que já se manifestava no seio da comunidade”. RAMIRES, Maurício. **Diálogo...**, p. 78.

⁵¹⁷ Cfr. RAMIRES, Maurício. **Diálogo...**, p. 76.

⁵¹⁸ Refere Barroso: “Como o Direito gravita em torno desses dois grandes valores- justiça e segurança-, uma ordem jurídica democrática e eficiente deve trazer em si o equilíbrio necessário entre regras e princípios. Um modelo exclusivo de regras supervalorizaria a segurança, impedindo, pela falta de abertura e flexibilidade, a comunicação do ordenamento com a realidade, frustrando, em muitas situações, a realização da justiça. Um modelo exclusivo de princípios aniquilaria a segurança jurídica, pela falta de objetividade e previsibilidade das condutas e, conseqüentemente, de uniformidade nas soluções interpretativas. Como intuitivo, os dois extremos seriam ruins”. Prossegue o autor com uma advertência ao sistema brasileiro, que pela sua pertinência em outros casos, repisa-se: “A advertência é importante porque, no Brasil, a trajetória que levou à superação do positivismo jurídico – para o qual apenas as regras possuiriam status normativo – foi impulsionada por alguns exageros principialistas, na doutrina e na jurisprudência”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, p. 244.

não se manteria. Desta forma, como bem reconhece Alexy, quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis deve-se então buscar um modelo misto que as congregue, o que seria, no caso, um modelo de regras e princípios⁵¹⁹.

Também para Canotilho, o sistema ideal para a concretização dos direitos, liberdades e garantias é um modelo combinado de regras e princípios, “*mas com prevalência do plano das regras sobre o plano dos princípios*”⁵²⁰.

A grande maioria das normas de direito fundamental são expostas por princípios, identificados por sua generalidade. Concorde-se com Alexy quando refere que são os princípios mandados de otimização, refletindo seus valores para todo o ordenamento.

Algumas dessas normas funcionam tanto como princípios, como também como regras, mas é certo que mesmo diante de uma norma de direito fundamental da qual se possa extrair uma regra concreta, contém também valores que se irradiam a todo o ordenamento.

Considerados assim como princípios, estão sujeitos a colidirem entre si, mesmo quando de mesmo patamar, de forma que sua aplicação se dará a partir da dimensão de peso e importância identificada no caso concreto.

3.3.3 O regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias

As modernas constituições estabelecem uma dicotomia entre os direitos, liberdade e garantias, e os direitos sociais em sentido amplo, que se referem a direitos

⁵¹⁹ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 135.

⁵²⁰ Refere o autor: “O que acontece em muitos núcleos problemáticos destes direitos é tentar-se reconduzir unilateralmente o esquema metódico da concretização de normas consagradoras de direitos e uma concretização de princípios ou, inversamente, reconduzir a concretização de princípios aos modelos de aplicação de norma de direitos fundamentais. A razão destas transposições metódicas tem a ver com o facto de alguns direitos terem uma positividade tendencialmente principal (princípio da universalidade, princípio da igualdade) e outros, como não poderia deixar de ser, lograrem positividade jurídico-constitucional segundo o esquema das regras jurídicas. Ao facto não é alheia a repetida doutrina da *dupla dimensão* dos direitos fundamentais – dimensão subjectiva e dimensão objectiva. A primeira aponta para a necessidade garantística de formulação de regras; a segunda postula o apelo a princípio-valor (dignidade da pessoa humana, liberdade, justiça). Não admira, assim, que algumas questões básicas de aplicação de normas trabalhem ou com esquemas dogmáticos mais adequados ao procedimento de aplicação hermenêutica de princípios (é o caso, por exemplo, da distinção entre posições *prima-facie* e de posições definitivas) ou com propostas metodológicas mais familiares à aplicação de regras garantidoras de direitos subjectivos (é o caso, por exemplo, da doutrina dos *preferred rights*). A sugestão que aqui se deixa formulada é esta: os direitos são direitos, só sendo razoável falar em direitos como princípios quando se trata de acentuar as dimensões objectivas de valor a eles inerentes (dignidade da pessoa, privacidade, identidade, liberdade). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra Editora, 2004. pp. 158-159.

econômicos, sociais e culturais. Atribui-se tratamento diferenciado a uma categoria e outra, tanto no regime material como orgânico.

A Constituição portuguesa é bastante clara em estabelecer essa distinção, com regime jurídico de tratamento bastante diferenciado para um e para outro.

O objeto de interesse nessa tese diz com o tratamento jurídico concedido aos direitos, liberdades e garantias, que passa a ser analisado.

Clássica nomenclatura é a que utiliza os termos direitos, liberdades e garantias, identificando a importância das liberdades na consideração e identificação dos direitos fundamentais da pessoa. Os direitos de liberdade (de locomoção, de expressão, de pensamento, etc.) são os direitos essenciais do homem e estiveram à frente de movimentos pelo reconhecimento dos direitos fundamentais.

Referem-se ao direito propriamente dito e as suas respectivas garantias, ainda que também essas possam ser objeto de regime constitucional substantivo. Enquanto aqueles representam algum bem, são as garantias que permitirão a fruição desses bens. Como refere Miranda *“na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”*⁵²¹.

Ainda que todos os direitos fundamentais sejam regidos por um regime jurídico próprio com vistas a assegurar a sua realização, é clara a preocupação e cuidado com os direitos fundamentais individuais.

Canotilho identifica vários traços caracterizadores desse regime próprio, tendo por base as regras da constituição portuguesa, das quais destaca-se a aplicabilidade direta das normas que os reconhecem, consagram ou garantem a vinculatividade de entidades públicas e privadas, a reserva da lei para sua restrição e o princípio da

⁵²¹ Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 113.

O exemplo apresentado pelo autor deixa clara a distinção proposta: “olhando àqueles direitos em que mais clara se revela a distinção, os direitos de liberdade: - as liberdades são formas de manifestações da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado; - as liberdades envolvem sempre a escolha entre o *facere* e o *non facere* ou entre agir e não agir em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face – positiva e negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de actuação do Estado ou das próprias pessoas; - as liberdades valem por si; as garantias têm função instrumental e derivada. Os exemplos são frisantes. Ao direito a vida (art. 24º, nº 1) correspondem as garantias que consistem na proibição da pena de morte (art. 24º, nº 2) e na proibição de extradição por crimes oponíveis com a pena de morte segundo o direito do Estado requisitante (art. 33º, nº 6); ao direito à liberdade e segurança (art. 27º, nº 1) a não retroactividade da lei incriminadora (art. 29º, nº 1), o habeas corpus (art. 31º) ou as garantias do arguido (art. 32º); [...]”.

salvaguarda do núcleo essencial, que dentre outras já demonstram de forma clara a intenção de garantia destinada a esses direitos⁵²².

As garantias previstas para esses direitos diferem das concedidas aos direitos sociais, cuja proteção exige condições diferentes⁵²³.

A constituição portuguesa, que aqui se toma como parâmetro considerando a diferenciação de regime que expressa, deixa clara a diferença de tratamento conferido aos direitos fundamentais, decorrentes dos direitos, liberdades e garantias e os decorrentes de outras fontes, tais como os sociais e/ou económicos, visivelmente com vistas a maior garantia e eficácia das liberdades.

Além do regime orgânico próprio que diz com quem pode legislar sobre a matéria, interessa mais a análise do regime material, para verificar as peculiaridades e os possíveis reflexos também nos direitos análogos.

Com vistas a sua segurança, os direitos, liberdades e garantias são blindados de diversas formas, de maneira geral expressas na Constituição. Possivelmente, muitas dessas previsões seriam mesmo desnecessárias. A previsão expressa, contudo, tende a reforçar a importância e a impossibilidade de que os direitos fundamentais, no seu núcleo em especial, possam ser descaracterizados.

Canotilho aponta as cláusulas constitucionais de irreversibilidade como uma das formas de proteção⁵²⁴. A previsão legal de impossibilidade de uma revisão

⁵²² O autor apresenta ainda os seguintes traços, próprios do regime jurídico desses direitos fundamentais: “[...] princípio da autorização constitucional expressa para a tal restrição (art. 18º/2); princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18º/2); princípio da generalidade e abstracção das leis restritivas (art. 18º/3); princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18º/3); princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18º/3); limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência (art. 19º/1); garantia do direito de resistência (art. 21º); garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22º); garantia perante o exercício da acção penal e da adopção de medidas de polícia (art. 272º/3); garantia contra «leis de revisão» restritiva de seu conteúdo (art. 288º/d)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 437.

⁵²³ Esclarece Canotilho: “Os direitos económicos, sociais e culturais e respectiva protecção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – económicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais. Consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa a existência e protecção dos direitos económicos, sociais e culturais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito...**, p. 473.

⁵²⁴ Como exemplos o autor cita: “A Constituição da República portuguesa contém, como é sabido, um amplo catálogo de limites materiais de revisão (art. 288º), onde se impõe, entre outras coisas, que as leis de revisão constitucional terão de respeitar (art. 288º/d) «os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos». Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988 (art. 60º/4/IV) estatui que «não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais». A Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 inclui um preceito (art. 79º/3) que esteve certamente na base dos enunciados linguísticos constantes das constituições portuguesa e brasileira. Nos termos desse

constitucional que vise abolir quaisquer dos direitos, liberdades e garantias confere segurança e efetividade. A irreversibilidade, contudo, não significa a impossibilidade completa de revisão desses direitos, senão que o respeito de seus núcleos centrais. A previsão constitucional, de toda sorte, tem o condão de exigir a comprovação de que a revisão proposta não está a atingir o chamado núcleo central do direito fundamental⁵²⁵.

O autor aponta ainda como forma de proteção dos direitos, liberdades e garantias a sua aplicação imediata, que identifica como um reforço de normatividade, referindo que com essa previsão expressa se pretende, fundamentalmente, *“reforçar a sua normatividade, tornando claro a sua natureza de direito constitucional e, mais do que isso, a sua força normativa autónoma, independente de uma lei concretizadora”*⁵²⁶.

Com efeito, nas modernas Constituições há previsão expressa da aplicabilidade direta das normas que estabelecem os direitos, liberdades e garantias que desta forma vinculam o Estado. E assim expandem seus reflexos em toda a esfera privada.

Com essa previsão, as normas desse carácter são blindadas contra a possibilidade tanto de que a exigência de uma nova lei para discipliná-las acabe por esvaziar seu conteúdo, ou pior, que não se aplicasse na espera de uma legislação que poderia não ser editada.

Miranda reconhece que, mesmo normas de direitos fundamentais que possam não ser exequíveis de imediato, em certo sentido já podem ser consideradas como diretamente aplicáveis, na medida em que de logo proíbem emissão de normas legais

preceito, considera-se inválido e inadmissível (*unzulässig*) qualquer alteração da lei fundamental que afecte os princípios individualizados nos arts. 1º e 20º da *Grundgesetz*.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos..., p. 140.

⁵²⁵ Menciona Canotilho: “No fundo, a articulação das dimensões constitutivas essenciais («os princípios», «os núcleos essenciais») com as dimensões declarativas de irrevisibilidade permite uma aproximação constitucional mais sustentada à discutida intangibilidade do catálogo de direitos, liberdades e garantias. Parece razoável defender-se que este catálogo não é inalterável. A eliminação de alguns enunciados linguísticos de normas consagradoras de um direito pode não afectar o seu núcleo essencial. No entanto, a textualização expressa de irrevisibilidade tem, pelo menos, incidência a nível do ônus de prova. Quem propõe, em sede de revisão constitucional, a supressão de um preceito formulador de um direito terá de demonstrar que a eliminação do texto escrito deixa imperturbados os princípios ou o núcleo essencial do bem protegido, esses sim materialmente irrevisíveis”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos..., p. 143.

⁵²⁶ Esclarece o autor: “Em outras palavras: os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias concebem-se e valem: (1) como norma normata e não apenas como norma normans; (2) *prima facie*, aplicam-se diretamente sem necessidade de uma *autoritatis interpositivo*, sobretudo na forma de *interpositivo legislatoris*; (3) *prima facie*, constituem direito actual e eficaz. A expressa consagração desta aplicabilidade imediata deve articular-se com os limites materiais de revisão relativamente a direitos, liberdade e garantias a que atrás fizemos referência. A normatividade reforçada estabelecida no art. 18º/1 não pode ser neutralizada ou destruída pelo legislador de revisão. Dentro da mesma lógica e por maioria de razão, não poderá o legislador ordinário subverter a normatividade reforçada das regras jurídicas em análise. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos..., p. 146.

que as contrariem. E, passam a contar com uma interpretação sistemática baseada nas regras constitucionais e direcionam a atividade do legislador⁵²⁷.

3.3.4 A recepção de novos direitos fundamentais

Considerando a sistemática disposta, verifica-se que os direitos fundamentais são aqueles disciplinados na lei maior.

Embora decorram de direitos que se podem chamar de direitos naturais, reconhecidos pela condição humana da pessoa, como são o direito à vida e a liberdade, ao serem disciplinados na Constituição é que passam ao *status* de direito fundamental.

Tem-se, pois, por regra, que são direitos fundamentais os direitos que constam da Constituição de um Estado de Direito. Assim, embora nem todas as normas constitucionais sejam direitos fundamentais, normas que indiquem direitos basilares da pessoa, por sua condição de pessoa humana, e que constem da constituição são assim denominadas.

O rol dos direitos, contudo, não é um rol taxativo mas, como refere Miranda, trata-se de uma «enumeração aberta»⁵²⁸. A expressão retrata de forma clara a possibilidade de inclusão de novos direitos, sem considerar o rol expresso como meramente exemplificativo.

A inclusão de um direito na Constituição implica no seu acolhimento expresso no sistema jurídico e passa a compor o rol de importantes direitos do homem. Cada direito fundamental expresso assume condição especial na carta maior, não se tratando de mera indicação exemplificativa do que pode ou não ser considerado como fundamental.

Ocorre que também na esfera dos direitos fundamentais a situação é mais dinâmica do que a possibilidade de regramento legal. Assim, pode-se falar em novos direitos, quer porque ainda não foram formalmente reconhecidos, quer porque surgem em decorrência de novos conhecimentos e/ou situações que surgem na dinâmica da vida.

⁵²⁷ Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., pp. 288-289.

⁵²⁸ Miranda, ao tratar da chamada cláusula aberta prevista no art. 16, nº 1 da Constituição da República portuguesa, refere: "Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (embora sem ser a rigor, exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novos direitos ou de novas faculdades de direitos para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em casa momento. Daí poder apelar-se o art. 16º, nº 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade dos direitos fundamentais. Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 176.

O objeto dessa tese serve como exemplo de situações que demandam um novo olhar na questão referente aos direitos da pessoa. A preocupação com situações de fim de vida, que colocam em risco a dignidade da pessoa, surge em decorrência do prolongamento inadequado do processo de morrer.

O desenvolvimento técnico científico, em especial na área médica, ao mesmo tempo que serve para um significativo prolongamento da média de vida, apresenta também situações em que esse acréscimo vem desacompanhado de qualquer qualidade de vida e, assim, mostra-se mais degradante do que seria deixar o curso normal do processo de fim de vida.

Diversas situações concretas, nas quais o que se verificou foi o prolongamento irracional e desmedido da vida corpórea da pessoa, conduziram para uma reflexão quanto ao direito de um fim de vida digno.

Há reiteradas situações similares, como se pode verificar, por exemplo, dos acórdãos analisados no primeiro capítulo dessa tese, por período de tempo prolongado, de manutenção de sinais vitais básicos sem nenhuma qualidade de vida agregada.

Diante dessas novas circunstâncias passa-se a falar em um direito à morte digna, que se direciona a evitar que um processo de fim de vida possa ser degradante à pessoa, retirando-lhe a dignidade, impondo-lhe dor e sofrimento, restringindo sua autonomia, em prol da manutenção das atividades vitais de seu corpo.

Como esse, vários outros direitos fundamentais podem ingressar nos ordenamentos jurídicos por meio das chamadas cláusula aberta, ou mesmo incorporados após o acolhimento de convenções internacionais, independente de reformas constitucionais.

Nesse sentido, por exemplo, a Constituição portuguesa deixa clara a recepção de direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, determinando ainda a interpretação dos dispositivos legais em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵²⁹.

⁵²⁹ Nesse sentido art. 16 da Constituição da República portuguesa:

Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. PORTUGAL. Constituição da República...

Igualmente prevê a aplicação do mesmo regime jurídico previsto para os direitos enunciados na Constituição também para os direitos análogos, quais sejam, que contenham direitos fundamentais do homem⁵³⁰.

A alusão aos direitos análogos nos conduz a importante referência de que os direitos fundamentais materiais⁵³¹ incorporados pela cláusula aberta devem necessariamente estar de acordo com as diretrizes constitucionais que os acolhem.

Reconhece que há uma definição jusfilosófica a encadear as normas constitucionais, de forma que apenas os direitos que estejam de acordo com a linha mestra e valores maiores da constituição é que podem ser considerados como direitos análogos, a lhes conferir o status de direito fundamental e, desta forma, estarem sob o manto da proteção estatal que lhe é devida.

A Constituição brasileira, da mesma forma, abre espaço para a recepção de novos direitos, quer decorram dos princípios enunciados ou que sejam reconhecidos por tratados internacionais dos quais o país seja signatário.

A cláusula aberta material disposta no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal brasileira proporciona o acolhimento de direitos fundamentais que não estejam elencados no caput do seu artigo. Abre também espaço para a recepção dos direitos decorrentes de tratados e convenções internacionais de direitos humanos aos quais o país tenha aderido. Confere status de emenda constitucional caso esses documentos sejam aprovados pelo Congresso Nacional na forma prevista no § 3º do referido artigo⁵³².

⁵³⁰ Ver art. 17 da Constituição da República Portuguesa:

Artigo 17.º Regime dos direitos, liberdades e garantias O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga. PORTUGAL. Constituição da República...

⁵³¹ Miranda apresenta os conceitos de constituição formal e de constituição material e igualmente, de direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. Os direitos fundamentais inscritos em uma Constituição Formal são por isso direitos fundamentais que merecem proteção constitucional. Já os direitos fundamentais materiais seriam os resultantes da concepção de Constituição dominante. O autor chega a essa conclusão exatamente em razão da possibilidade de recepção de novos direitos constitucionalmente prevista, citando como exemplo as constituições portuguesa e brasileira, referindo: “é porque a enumeração constitucional, em vez de restringir, abre para outros direitos – já existentes ou não – que não ficam à mercê do poder político; é porque, a par dos direitos fundamentais em sentido formal, se encontram, em relação constante, direitos fundamentais apenas em sentido material. Daí que, conclui o autor que “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos materiais. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles”. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970 pp. 9-14.

⁵³² **TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias

As chamadas cláusulas abertas são o reconhecimento de que não há um rol taxativo de direitos fundamentais. Ainda que o acolhimento expresso de um direito fundamental, no texto constitucional, lhe confira um patamar de maior projeção, não se pode pretender o esgotamento por essa via, quer em decorrência da dinâmica da vida em sociedade que faz surgir novos direitos, quer porque a interpretação em determinado tempo e lugar pode fazer surgir novos direitos ou mesmo a ressignificação de um direito existente.

Não há como afastar a existência de um componente cultural nos direitos fundamentais do homem, mesmo reconhecendo que decorrem dos chamados direitos naturais.

Como exemplo pode-se citar o direito ao desenvolvimento da personalidade. Decorrente do direito à liberdade, diz-se ser um direito inato ao homem. Contudo, sua estruturação e acolhimento segue uma construção cultural. Reconhecido expressamente na constituição alemã, vem ao depois expresso na constituição portuguesa e é recepcionado no Brasil a despeito de uma previsão expressa na constituição. Ademais, para além do reconhecimento, seu conteúdo veio sendo construído, no conjunto dos direitos reconhecidos, associando a autonomia pessoal vinculada ao direito de liberdade, dentro de seus vários matizes, permitindo que o desenvolvimento da personalidade de cada pessoa seja estabelecido de forma livre.

Nesse sentido, mesmo nos países como o Brasil, no qual não há previsão expressa, tem-se implicitamente reconhecido como um direito fundamental da pessoa humana.

As cláusulas abertas, pois, permitem a incorporação de direitos que passam a ser reconhecidos ou que se apresentam na construção e dinâmica da vida.

Ressalta-se a importância da incorporação dos tratados e convenções internacionais que digam respeito aos direitos humanos. Recentemente podemos citar importantes avanços nessa área, no que diz respeito, por exemplo, às pessoas portadoras de deficiência. A convenção dos direitos das pessoas com deficiência do ano

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

de 2007, aprovada pelo Senado Brasileiro no ano de 2008⁵³³, produz significativa alteração nas legislações nacionais, visando a adequação de suas regras aos novos direitos⁵³⁴. Exige maior cautela no estabelecimento da curatela, determina que sejam estabelecidos limites para o exercício de atos existenciais e patrimoniais, de forma a assegurar a autonomia possível para toda e qualquer pessoa, mesmo aquelas portadoras de deficiências⁵³⁵.

Fala-se, atualmente, o que muitos classificam de direitos de quarta dimensão, dos direitos direcionados às gerações futuras, nos quais também são enquadrados direitos que dizem com as novas biotecnologias, que alteraram significativamente o conhecimento da própria pessoa, assim como do mundo que a cerca, impondo condução diversa nos relacionamentos. No mundo tecnológico atual, o ser humano tem outras exigências e demanda proteção em outras esferas que direcionam o debate dos direitos fundamentais⁵³⁶.

Salienta-se que nem todos os direitos apresentam-se prontos. E conceitos de então são revistos para se adequar à nova realidade. Na era da globalização, a proteção às diferenças exige, possivelmente, maior atenção do que em outros tempos. Em tempos de acesso rápido e vasto à informação, começa-se a discutir o direito de ser esquecido, referindo-se a não manutenção de dados pessoais na internet. Igualmente, identificado o

⁵³³ A aprovação da Convenção das Pessoas com Deficiência observou, no Brasil, o disposto no art. 5º, § 3º da CF, tendo sido promulgado pelo Presidente da República, com os seguintes considerandos: O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do Art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008;

Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008; [...] BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Decreto Legislativo nº 186/2008; Decreto nº 6.949/2009. 4. ed. rev. e atual. Brasília, 2012. Disponível em:

<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoascomdeficiencia.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

⁵³⁴ Nesse sentido a Lei brasileira nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência, que altera significativamente os conceitos do código civil com relação as pessoas portadoras de deficiência. BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**.

Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

⁵³⁵ Dentre os princípios que constam da Convenção, ressalta-se a indicação do art. 3º, referente a: c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Convenção...**

⁵³⁶ Sobre a questão referente às dimensões de direitos fundamentais ver item 3.3.1.

genoma humano, a preocupação volta-se para sua proteção e para assegurar que dados dessa importância não sejam utilizados de forma indevida ou abusiva.

O homem está em constante evolução de forma que também seus direitos fundamentais são ressignificados ou acrescidos. As cláusulas abertas constantes das modernas constituições são a porta para incorporação dessas novas circunstâncias, possibilitando que sejam incorporados nos ordenamentos jurídicos independente de constantes revisões da lei maior.

As cláusulas abertas vêm previstas quando tratados dos direitos, liberdades e garantias, direcionados, pois, aos direitos individuais, que possuem, como já analisado, um regime jurídico específico. Considerando que essa tese diz com direitos dessa natureza, não resta dúvida de sua incidência.

O regime jurídico dos direitos, liberdade e garantias tem como um dos traços característicos a aplicabilidade direta, a vinculação das entidades públicas e privadas e o princípio da salvaguarda do núcleo essencial.

Considerando que a cláusula aberta apenas permite a inclusão de direitos análogos, a doutrina direciona-se para estender o regime jurídico material também para esses direitos.

Acolhe-se, pois, também aos direitos análogos, a sua aplicabilidade direta, que independe da edição de qualquer lei para esse fim. E devem ser observados tanto pelas entidades públicas como particulares. Por fim, no que diz respeito a possibilidade de restrição, é importante a observância da reserva da lei e a imposição de que as restrições não atinjam o núcleo essencial desse direito.

3.3.5 Direitos fundamentais no âmbito do direito privado

As normas de direitos fundamentais servem de garantia às liberdades individuais e à autonomia pessoal e tem reflexos também na esfera privada, exigindo do Estado especial atuação que garanta a efetividade desses direitos⁵³⁷.

⁵³⁷ Ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares, Novais apresenta as diferentes teses sobre o tema, mas conclui que “convergem na ideia de que o papel do legislador é fundamental: a ele cabe, em primeira instância, conformar a convivência entre as esferas de autonomia e liberdade dos cidadãos, ponderando o interesse na realização dos valores de liberdade com as exigências de autonomia privada no plano de relações formalmente paritárias e consideradas como relações entre iguais que livremente se autodeterminam.”

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p.74.

O fenômeno da chamada constitucionalização do direito privado implica, ao menos, em direcionar para uma leitura e interpretação do direito privado com base nos princípios constitucionais.

Inicialmente, os direitos fundamentais eram concebidos como poderes jurídicos concedidos aos indivíduos para se protegerem contra a opressão do Estado, os chamados direitos de defesa, afirmando-se, dessa forma, que possuíam como único destinatário o Poder Público.

Nessa primeira dimensão de direitos fundamentais reconhecidos, importava, em muito, a separação entre o público e o privado. O surgimento dos direitos fundamentais visava deixar clara essa diferenciação, evitando a intervenção indevida do Estado na relação entre os privados. Há nítida prevalência das liberdades individuais, que se traduzem no exercício da propriedade, do contrato e da família⁵³⁸.

Por haver caráter de subordinação diante da supremacia do Estado perante o particular, diz-se que esses direitos são exercidos verticalmente, de forma “hierarquizada e de subordinação”. Por isso denominada de “eficácia vertical dos direitos fundamentais”.

A partir dos desdobramentos originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, percebeu-se que além do dever de abstenção, ao Estado também competia o dever de preservar a sociedade civil dos perigos de deterioração que ela própria fermentava, exigindo-se assim uma atuação do Estado a fim de garantir, preservar e promover os direitos fundamentais como princípios estruturantes da sociedade⁵³⁹.

Baseado, contudo, na ideia de uma igualdade formal e diante das noções aprofundadas e das novas necessidades e exigências, essa dicotomia público e privado começa a ceder.

⁵³⁸ Fachin e Ruzyk referem que “os deveres de respeito aos direitos fundamentais se colocavam na perspectiva do Estado, destinando-se as constituições, precisamente à disciplina das relações entre os indivíduos. Nessa internalidade, para que os direitos fundamentais se concretizassem bastaria, conforme a racionalidade predominante nesse contexto histórico, que se assegurasse a todos a máxima liberdade – que deve ser compreendida formalmente como não ingerência do Estado nessa seara que não lhe competia. O espaço privilegiado do exercício dessas liberdades é a propriedade privada, situando-se, ao seu lado, em idêntico patamar, o contrato e a família”. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais...*, p. 99.

⁵³⁹ Cfr. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 175.

A complexidade das relações sociais, agravadas pela crescente desigualdade social, mostrou que a violação aos direitos fundamentais decorria de outros atores que não apenas o Estado⁵⁴⁰.

A partir dessa percepção, a incidência desses direitos foi estendida também ao âmbito das relações entre particulares. Essa proteção passou a alcançar as relações jurídicas em que particulares se encontram em uma situação hipotética de igualdade jurídica, doutrinariamente conhecida por “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” ou “eficácia privada dos direitos fundamentais”.

A dogmática dos direitos fundamentais evolui e, tendo por fio condutor o princípio da dignidade humana, é possível verificar que a ideia original de dicotomia do público e privado perde sua força, de forma que os princípios constitucionais direcionam seus valores também para o campo do direito privado, em especial para o Direito Civil. Verifica-se uma nova leitura desse direito aplicado na esfera privada, agora assentada em princípios constitucionais maiores. Mesmo pilares básicos do direito privado como a propriedade e família passam a ser interpretados dentro da nova realidade que se direciona para a concretização da dignidade da pessoa⁵⁴¹.

É o que Marques e Miragem referem por um novo direito privado, com viés solidário, que acolhe o conjunto de ideais da modernidade⁵⁴². A preocupação com a pessoa deve dominar também o direito privado, que assim assume os fundamentos constitucionais.

As intersecções, atualmente, se sobrepõem a anterior dicotomia, ainda que nuances de prevalência de um ou outro ainda possam se apresentar. Verifica-se, em verdade, que há períodos cíclicos, ora com a prevalência de aspectos públicos, ora privados, que até os dias de hoje permanecem presentes⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Cfr. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2010, p.649.

⁵⁴¹ Cfr. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais...*, p. 106.

⁵⁴² Analisando o caminho do direito privado brasileiro, os autores verificam um direcionamento para um direito privado que vise alcançar os ideais de fraternidade, embora reconheça que pode parecer utópico e contraditório com o atual sistema. Referem os autores: “A questão principal é saber se hoje, apesar da atual crise das ciências e da legitimação, o direito privado brasileiro, com sua nova tendência de valorização dos direitos humanos, dos novos papéis sociais e econômicos (como os de consumidor e de empresa), com a valorização das identidades culturais e das diferentes opções de vida da pessoa humana, está se transformando ou será em breve um “direito privado solidário” (Solidarprivatrecht), que contém em si a diferença que nos estimula a tratar de um “novo direito privado”. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 24.

⁵⁴³ Refere Facchini Neto: “[...] há que se reconhecer que a preponderância de um aspecto (público/privado) sobre o outro conheceu alternâncias ao longo da história. Não houve uma evolução

Debate-se, contudo, como se dá a eficácia desses direitos no âmbito privado. Enquanto reconhecida a eficácia dita vertical, mesmo porque os direitos fundamentais individuais surgem para impor esse limite aos Estados, cada vez é maior o reconhecimento de que esses direitos fundamentais irradiam seus valores também em linha horizontal, entre os próprios cidadãos.

As teorias que se apresentam vão da negação da eficácia desses direitos aos que advogam a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais de direitos fundamentais também nas relações privadas, passando por posições intermediárias daqueles que admitem apenas aplicação mediata, com a necessidade de regulação legislativa de direito privado para a eficácia desses direitos entre particulares.

Julgado pela Corte Constitucional Alemã em 1958, o caso Lüth⁵⁴⁴, no qual se discutiu a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, serve como marco para esse novo significado dos direitos fundamentais, tendo uma importância decisiva para a atual teoria dos direitos fundamentais.

Como resultado desse julgado, alguns aspectos relevantes foram levantados pela Corte Constitucional Alemã, entre eles: a) Os direitos fundamentais não se apresentam apenas com o caráter de regras, mas também com o de princípios, dessa forma a Constituição representa uma “ordem objetiva de valores”, centrada na dignidade da pessoa humana, sendo fundamental que o aplicador de direito se vincule aos direitos fundamentais ao decidir; b) os princípios, como valores jurídicos fundamentais, aplicam-se não apenas nas relações entre particulares e Estado, incidindo também nas relações

linear, percebendo-se, ao contrário, um movimento em certo modo cíclico ou pendular”. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões..., p. 40.

⁵⁴⁴ O caso envolve Eric Lüth, um judeu que presidia o Clube de Imprensa, e o alemão Veit Harlan, produtor de cinema que no auge do nazismo havia sido o principal responsável pelos filmes de divulgação das ideias nazistas, especialmente o filme *Jud Süß* (1941), considerado como uma das mais odiosas e negativas representações dos judeus no cinema. Após a guerra Harlan continua a produzir seus filmes, que nada dizem sobre nazismo ou o anti-semitismo, porém Lüth convoca o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos por Harlan. Diante do fracasso de bilheteria, Harlan e a distribuidora do filme ingressaram com ação cominatória contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão. Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, “Amante Imortal” (*Unsterbliche Geliebte*). Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã, e ganhou. A Corte considerou a incitação ao boicote de Lüth a tais filmes como *prima facie* protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental. Ao julgar esse caso, a Corte realizou um balanceamento dos princípios constitucionais colidentes em que a aplicação de regras do Direito Civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado foi que ao princípio da liberdade de expressão deveria ser dado prioridade sobre considerações constitucionais concorrentes. In: SCHWAB, Jürgen (Ed.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão** (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 381-394. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso: 01 jan. 2017.

entre particulares e não apenas no Direito Civil, irradiando sobre todos os âmbitos do Direito; c) diante de uma colisão de normas constitucionais faz-se necessário proceder a uma “ponderação de bens jurídicos”⁵⁴⁵.

A partir desse julgado, se verifica uma outra percepção dos direitos fundamentais, objetiva, e o efeito de irradiação sobre todo o ordenamento jurídico.

Surgem, então, teorias sobre a aplicabilidade ou não desses direitos fundamentais nas relações entre particulares, das quais se salienta: a) teoria da ineficácia horizontal ou a doutrina do *state action*; b) a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata; c) a teoria da eficácia direta ou imediata.

A teoria denominada pela doutrina de teoria da ineficácia horizontal parte de uma visão firmada no liberalismo clássico. Essa corrente defende que os direitos consagrados na Constituição só vinculam os poderes públicos. Para os defensores dessa corrente, a eficácia horizontal destruiria a identidade do direito privado e, dessa forma, seriam conferidos poderes exagerados aos juízes em detrimento do legislador democrático⁵⁴⁶.

Estritamente ligada ao caráter individualista da constituição e da cultura jurídica americana, é no direito norte-americano que a teoria da ineficácia horizontal, conhecida por lá como a doutrina do *State Action*, ganha força, sendo amplamente aceita tanto pela doutrina como pela jurisprudência⁵⁴⁷. É assente na jurisprudência norte-americana a invocação dos preceitos constitucionais apenas nos casos em que existe uma ação estatal, daí a denominação da doutrina *state action*. Dessa forma, os direitos fundamentais constantes do *Bill of Rights* da Carta estadunidense consistem em limitações apenas para o Estado, não oferecendo nenhuma proteção frente a outros particulares⁵⁴⁸.

Importante ressaltar que a partir da década de 50 a Alemanha, após reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal, abandona essa corrente que negava a

⁵⁴⁵ Cfr. SCHWAB, Jurgen (Ed.). **Cinquenta...**

⁵⁴⁶ Cfr. SARMENTO, Daniel. **Direitos...**, p. 212.

⁵⁴⁷ Apesar de adotada nos Estados Unidos, Sarmento observa que a teoria já sofreu algumas mitigações decorrentes de julgados proferidos pela Suprema Corte Americana que passou a adotar a chamada *public function theory*, que sujeita particulares às limitações constitucionais quando estes agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal. SARMENTO, Daniel. **Direitos...**, p. 214.

⁵⁴⁸ Cfr. SARMENTO, Daniel. **Direitos...**, p. 213.

eficácia horizontal dos direitos fundamentais e passa a adotar majoritariamente a teoria da eficácia horizontal indireta⁵⁴⁹.

A teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata desenvolvida pode ser entendida, de acordo com Sarmento, como uma *“construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada”*⁵⁵⁰.

Para os que sustentam a eficácia mediata, tem-se que as regras constitucionais de direitos fundamentais não teriam força jurídica frente aos particulares, necessitando de regras próprias de direito privado para sua efetividade. As regras constitucionais serviriam como princípios de interpretação das regras gerais e conceitos indeterminados passíveis de interpretação e concretização⁵⁵¹.

De acordo com seus defensores, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas acabaria por exterminar a autonomia da vontade, desfigurando o direito privado, convertendo-o em mera concretização do Direito Constitucional⁵⁵².

Para os filiados a esta teoria, a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas contém normas objetivas que irradiam valores constitucionais que acabam por refletir em todas as áreas do ordenamento, inclusive sobre o direito privado.

Essa teoria não oferece um sistema de tutela integral aos direitos fundamentais na seara privada, ficando a cargo do legislador a função de ponderar a aplicação desses direitos nas questões relacionadas ao direito privado, acomodando os valores constitucionais, porém observando sempre a autonomia privada.

Admite a necessidade de construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, que são criadas por meio de cláusulas gerais (como os costumes, moral,

⁵⁴⁹ A teoria teria sido apresentada por Günter Dürig no ano de 1956 e amplamente adotada no direito germânico. Cfr. SARMENTO, Daniel. *Direitos...*, p. 212.

⁵⁵⁰ Cfr. SARMENTO, Daniel. *Direitos...*, p. 222.

⁵⁵¹ Nesse sentido, esclarece Andrade: “A força dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiro) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas mediatamente, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Vertverscharfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (wertschtluckenschliessung), mas sempre dentro do «espírito» do direito privado”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 245.

⁵⁵² Cfr. SARMENTO, Daniel. *Direitos...*, p. 222.

boa-fé, etc.) e pelos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador⁵⁵³. Assim, diante de possíveis conflitos entre direitos fundamentais e autonomia privada, incumbiria ao legislador, levando em consideração esse intercâmbio valorativo, a tarefa de indicar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes.

Fala-se em eficácia mediata justamente porque não há incidência direta do Direito Constitucional no campo privado. Na verdade, tais direitos são protegidos por mecanismos típicos do próprio Direito Privado que, no momento de sua criação, já atraem força jurídica dos preceitos fundamentais.

Por sua vez, considerada a teoria mais expansiva na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais parte do pressuposto que os direitos fundamentais possuem ampla eficácia e independem de qualquer mediação legislativa para serem aplicados, uma vez que os direitos fundamentais possuem eficácia erga omnes^{554 555}.

Importante ressaltar que a teoria da eficácia horizontal imediata não é uma doutrina radical, e que diferente do que pregam seus opositores, não se trata de uma teoria que desconsidera a liberdade individual nas relações de âmbito privado, mas sim uma corrente que pondera quando a autonomia privada deve ou não prevalecer em face dos demais direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por isso a necessidade de que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta.

As regras de direitos fundamentais, até mesmo pelo objeto de sua normativa, teriam além da eficácia vertical, direcionada ao Estado, também uma aplicação imediata entre os particulares.

Para Alexandrino, a aplicabilidade direta significa que as normas de direitos, liberdades e garantias vinculam juridicamente o Estado, aqui compreendido tanto o legislador e o juiz como o poder executivo, podendo ser invocados diretamente pelos

⁵⁵³ Nesse sentido ver: SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia..., pp. 66-67.

⁵⁵⁴ A teoria teria sido inicialmente defendida por Hans Carl Nipperdey no início da década de 50 na Alemanha. Cfr. SARMENTO, Daniel. Direitos..., p. 238.

⁵⁵⁵ Embora não tenha aceitação em seu país de origem, a tese da eficácia horizontal imediata estaria presente em outros Estados, como Espanha, Portugal e Itália. Em alguns inclusive como uma expressa imposição constitucional, sendo o caso de Portugal e África do Sul, cujas constituições preceituam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sem que haja qualquer necessidade de mediação legislativa. Cfr. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues A eficácia..., p. 71.

Como se verá na sequência, mesmo com previsão expressa na Constituição portuguesa, entende-se pela aplicação da eficácia mediata.

cidadãos contra o Estado⁵⁵⁶. O autor refere o importante papel dos tribunais como protetores dos direitos fundamentais, em especial porque são guardiões da Constituição. Na função constitucional atribuída aos tribunais de fiscalizadores da constitucionalidade das normas, permite a eles, se for o caso, aplicar diretamente as normas constitucionais, caso conclua que determinada lei afronte norma de direito fundamental⁵⁵⁷.

A tese da eficácia mediata é a mais aceita, considerando inclusive a origem dos direitos fundamentais individuais, notadamente de cunho liberal, que surgem para regular a indevida intromissão do Estado na esfera particular das pessoas.

Ao tratar da vinculação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, analisando a posição da jurisprudência alemã, Mendes conclui pela não aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, mesmo diante de disposição expressa como a constante, por exemplo, no art. 18, n. 1 da Constituição Portuguesa. Reconhece, contudo, a eficácia mediata desses direitos, pois esses valores dirigem-se ao legislador e ao julgador⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Ensina o autor; “se houver uma lei reguladora de um determinado direito, liberdade e garantia [...] e se a lei ofender esse direito, da aplicabilidade directa decorre aquilo que podemos designar como um triplo efeito: (i) Essa lei não pode ser aplicada pelo juiz e pelo tribunal na parte em que ofenda o direito, liberdade e garantia; (ii) Abre-se a possibilidade de anulação da própria lei pelo Tribunal Constitucional; (iii) Todos os poderes do Estado, mas muito em particular os tribunais, têm o dever de aplicar essa lei em conformidade com os direitos, liberdades e garantias (ou seja, devem afastar as interpretações da lei que se mostrem contrárias à Constituição, escolhendo aquela interpretação que não ponha em causa a norma constitucional)”. ALEXANDRINO, José de Melo. O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. **O Direito**, Coimbra, v. 142, 2010. p. 870.

⁵⁵⁷ Nesse sentido: “De facto, embora os tribunais devam obediência à lei [...] e vigore além disso uma presunção de constitucionalidade das leis, se um juiz concluir que uma determinada lei ofende norma de direitos, liberdades e garantias, a aplicabilidade directa fornece uma indicação clara de que nesse caso a vinculação à Constituição deve prevalecer sobre a vinculação à lei, impondo-se portanto a não aplicação da lei (desaplicação). Numa situação desse tipo, o juiz deve resolver o caso como se essa lei não existisse, interpretando a norma constitucional como direito aplicável à causa. Além disso, o juiz deve conhecer da inconstitucionalidade oficiosamente (tal como deve também oficiosamente servir-se do Direito internacional dos direitos humanos)”. ALEXANDRINO, José de Melo. O papel ..., p. 871.

⁵⁵⁸ Refere o autor: “em verdade, ensina Durig que uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Portanto, é o próprio sistema de direitos fundamentais, ensina o notável constitucionalista tedesco, que autoriza e legitima que os indivíduos confirmem aos negócios de direito privado conformação não coincidente com tais direitos. [...] Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a ordem de valores formuladas pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado. [...] Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas. [...] A orientação esposada pela Corte em todos esses precedentes parece sinalizar que, embora o *Bundesverfassungsgericht* extraia a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, acaba ele por reconhecer efeito jurídico-subjetivo a essas normas”.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 126-128.

Mesmo a designação expressa da Constituição portuguesa de que os direitos fundamentais classificados como direitos, liberdades e garantias tem eficácia inclusive quanto aos particulares, é entendida, pois, como eficácia mediata.

Nesse sentido, Andrade refere que embora a Constituição portuguesa refira essa vinculação, permanecem em aberto várias questões, como, por exemplo, a forma como deva ocorrer⁵⁵⁹.

Assim, a interpretação conferida a referência da norma constitucional de que os direitos fundamentais vinculam os particulares é compreendida como uma vinculação mediata. Essas regras dirigem-se, de imediato, apenas ao Estado, embora incluídos aí o legislativo e judiciário que, dessa forma, deveriam observar esses valores maiores também na edição das leis e na aplicação do direito, também na esfera privada.

Com efeito, considerando que, como já repisado, os direitos fundamentais expressos representam, acima de tudo, valores fundamentais que refletem em todo o ordenamento jurídico que deve manter uma sintonia, certo é que também nas relações privadas haverá sim a vinculação a esses valores maiores.

Não é à toa, pois, que se fala em uma constitucionalização do direito privado. Isso porque, diante da vinculação do legislador, as leis editadas devam observar esses valores, como também ao aplicador das leis caberá a análise da adequação, podendo inclusive excluir a norma do ordenamento se for contrária ou que viole as regras constitucionais.

Ainda, o intérprete, entre as interpretações possíveis deverá buscar sempre que confira maior eficácia aos direitos fundamentais. Para tanto, a interpretação da legislação deve ser de acordo com os princípios da Constituição.

Na questão da vinculação dos particulares, Andrade verifica ainda a necessidade de uma diferenciação entre as relações privadas de poder e as relações privadas típicas. Reconhece, contudo, que em qualquer caso a vinculação aos direitos fundamentais nunca seria nas mesmas condições que a vinculação dos poderes públicos, pois mesmo as entidades privadas poderosas são titulares dos direitos, liberdades e garantias⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ *Cfr.* ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos..., p. 245.

⁵⁶⁰ O autor reconhece que há relações de poder privado semelhantes às relações de poder típicas das de Direito Administrativo, mas reconhece que a natureza dessas pessoas de direito privado de que se fala, por si, não podem ser critério classificatório que permitisse em abstrato determinar as entidades que estão sujeitas a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Refere, contudo, que “os particulares poderão, assim, de acordo com a natureza específica, a razão de ser e a intensidade do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a

Não se pode olvidar que as distinções entre o direito público e o privado permanecem, muito embora os pontos de convergência sejam cada vez maiores. De tudo o que se falou fica evidente que a teoria dos direitos fundamentais é responsável por um direcionamento legal e interpretativo dessa aproximação. É o ponto de intersecção mais forte entre o Direito Constitucional e toda a esfera de direitos privados e, sem dúvida, irradia seus valores maiores também para a esfera dos particulares.

O desafio que se apresenta é exatamente de conjugar esses espaços, com a manutenção do espaço de liberdade e autonomia privada, mas observados os limites impostos por valores fundamentais. Ou seja, a autonomia de que se fala está alicerçada nos valores dos direitos fundamentais.

Os espaços são diversos, mas os valores que ingressam nos sistemas jurídicos nacionais por meio dos direitos fundamentais são os mesmos. Embora se reconheça que a forma de vinculação desses direitos são diferentes para as esferas pública e privada, ainda assim se admite que, em maior ou menor grau, serão por elas atingidas⁵⁶¹.

Para fins dessa tese, na qual se está a perquirir sobre validade de documentos de expressão da vontade da pessoa para situações de vida, o tema é particularmente importante.

Trabalha-se com o reconhecimento dos valores fundamentais para o reconhecimento ao direito a um fim de vida digno e a necessidade de proteção estatal desse direito, para o que, a previsão e/ou o acolhimento de documentos que permitam essa manifestação seriam um instrumento de proteção ao direito fundamental.

A despeito dessa proteção específica, o reconhecimento desses valores maiores estaria também sendo direcionado aos particulares? Cabe às entidades privadas e aos demais particulares observarem de imediato esses instrumentos, ou não?

Do aqui exposto verifica-se que a eficácia dos direitos fundamentais atinge, ainda que de forma mediata, também as esferas privadas, impondo quer a adoção legal de

outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indenização dos danos causados". ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos..., pp. 251-256.

⁵⁶¹ Refere Andrade: "De facto, está fora de dúvida que, sendo os direitos fundamentais também princípios de valor objetivos, têm de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação ao valor-mãe da dignidade da pessoa humana. A autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico. Assim, os preceitos relativos aos direitos fundamentais determinam a invalidade, por inconstitucionalidade, das normas legais de direito privado que os infringam ou contrariem. Além disso, fornecem argumentos que influenciam, por vezes decisivamente, a interpretação e aplicação das normas jurídicas ordinárias que regulam as relações de direito privado". ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos..., p. 255.

instrumentos como as diretivas, para a garantia da liberdade e autonomia da pessoa, em respeito à sua dignidade, como também se dirige a leitura de instrumentos dessa natureza, a despeito da existência de legislação que reconheça a sua importância e os acolha. Desta forma, também nas relações particulares, por questão de valor, uma vez reconhecido seu fundamento constitucional, devem ser acolhidas.

Assim, de logo se impõe que a interpretação do sistema jurídico de Direito Privado seja realizada de acordo com os valores constitucionalmente assumidos.

3.3.6 Restrição dos direitos fundamentais

A questão diz respeito a limitação de direitos fundamentais por parte do Estado. Embora reconhecidos como fundamentais da pessoa, não há nenhum direito absoluto. A aparente contradição não se sustenta, considerando que mesmo direitos fundamentais, como é o direito à vida, podem sofrer restrições.

A necessidade de compatibilizar um direito com outros bens jurídicos igualmente protegidos, ou mesmo com direitos de terceiros, deixa clara a possibilidade de se restringir direitos, mesmo os do patamar de direitos fundamentais individuais.

Ademais, dependendo do caso concreto, um direito fundamental pode colidir com outros direitos quando então a prevalência de um implicará na restrição ou não incidência de outro.

Duas teorias se apresentam nesse tema: uma interna e outra externa. De acordo com a teoria interna, o direito já nasceria com a limitação de forma que o âmbito de proteção a ser exercido pelo Estado seria o mesmo da garantia efetiva. O direito reconhecido é o direito protegido e dessa forma a restrição já estaria na norma. Já para a teoria externa, o direito que se apresenta e a restrição que lhe é imposta são dimensões separadas. Assim, o Estado impõe limites em consequência do que o âmbito de proteção inicial do direito é diminuído. Pode-se então dizer que o âmbito de proteção seria maior do que a garantia efetiva após a limitação⁵⁶².

⁵⁶² Cfr. WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 189.

No modelo de princípios, a teoria externa atende a questão relativa às restrições. Reconhece que em um determinado direito há um tanto de excedente que pode ser restringido⁵⁶³.

Certo é que a restrição a direitos fundamentais não apresenta fácil solução. A restrição não pode ser tal que descaracterize ou desqualifique um direito acolhido como essencial da pessoa. Surge, então, a discussão com relação a questão da restrição das restrições, ou limites dos limites. Questiona-se: até onde pode ir a restrição? Qual o limite para a imposição de uma restrição?

As limitações a esses direitos devem ser racionais e de maneira a não atingirem o núcleo que os torna essenciais, uma das principais características que se aplicam aos direitos, liberdades e garantias.

Assim, que, não é toda e qualquer limitação que possa ser imposta. As restrições sempre devem ser realizadas com o cuidado de preservar esse núcleo essencial de cada direito. Daí porque a ponderação entre os interesses e bens que estão em rota de colisão com o cuidado de se conferir maior peso aos princípios que conferem unicidade à constituição.

Conforme reconhece Alexy, o problema não está nessa possibilidade, mas “*na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações*”⁵⁶⁴.

Dada a sua hierarquia constitucional, somente poderão ser restringidos por uma norma de mesma hierarquia, qual seja de Direito Constitucional, ou norma de natureza infraconstitucional por ela autorizada⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Para Alexy, no modelo de princípios a teoria que se apresenta é a teoria externa, de forma que ao direito fundamental *prima facie* que corresponde a um princípio pode haver algo de excedente, que é o que pode ser restringido. Assim, para o autor, restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais e posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 277.

⁵⁶⁴ Refere o autor: “Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso a restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. [...] restrição a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”. ALEXY, Robert. **Teoria...**, pp. 276 e 281.

⁵⁶⁵ Esclarece Alexy: “Restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer. A expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontra-se nas cláusulas de reserva explícitas – aquelas que expressamente autorizam intervenções e restrições”. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 291.

De toda sorte, para fins de restrição, além da proteção ao núcleo essencial do direito fundamental⁵⁶⁶, há também a exigência de clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições que forem impostas.

Ou seja, a possibilidade de restringir um direito fundamental também possui limitações quer quanto à forma quer quanto ao conteúdo, de maneira a garantir que a restrição imposta não desvirtue o direito que estiver em questão.

O mais importante sem dúvida é a preservação do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias, de forma que a restrição imposta deverá sempre ser interpretada de forma restritiva. Ou como refere Miranda: *“pelo menos sem o recurso à interpretação extensiva e à analógica”*⁵⁶⁷.

Ou seja, reconhecida a possibilidade de restrição a um direito fundamental, essas limitações somente podem ser estabelecidas se autorizadas pela constituição e devem ser definidas por lei⁵⁶⁸.

Essas leis devem ser aplicadas de forma restritiva evitando o alargamento das restrições que podem no fim atingir ao direito fundamental protegido.

Ainda, a restrição deve buscar a harmonização racional dos direitos contrapostos. Lembra-se que ao Estado cabe proteger direitos fundamentais individuais, mas pode impor os limites para que não atinjam direito de terceiros, e para salvaguardar a ordem pública, que prevalecerá sobre o direito individual.

Nesse sentido pois, que limitações ao direito de liberdade, impostas por regras de Direito Civil e em especial por regras de Direito Penal são acolhidas e aceitas. Ninguém, pois, duvida da validade de disposições penais que punam com rigor o ataque ao direito à vida de terceiro. Assim, pois, que o homicídio é delito penalmente previsto, como forma de garantia do direito à vida, ainda que possa estar a restringir a liberdade.

⁵⁶⁶ Como bem refere Mendes, embora possível as restrições, essas encontram limites, estando um deles na proteção ao núcleo essencial desses direitos, porque “esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos...**, p. 56.

⁵⁶⁷ Cfr. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo 4..., p. 379.

⁵⁶⁸ Leciona Miranda: “o caráter restritivo desdobra-se em: a) nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em regras ou princípios constitucionais; pode deixar de se destinar, insista-se, à salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos; b) como corolário, as leis restritivas devem designar expressamente os direitos em causa e indicar os preceitos ou princípios da Constituição em que repousam; c) nenhuma restrição pode ser definida ou concretizada a não ser por lei; não há regulamentos restritivos de direitos, liberdades e garantias; a Administração não pode agir para esse efeito senão com fundamento na lei e no exercício de um poder vinculado – é um princípio de reserva absoluta de lei, a acrescer ao acenado princípio da reserva da Constituição. [...]” MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo 4..., pp. 377-378.

Como bem refere Dworkin, nenhum governo, mesmo democrático, é possível de ser exercido sem um Direito Penal ou outras formas de regulações. Reconhece, contudo, que em se tratando do direito à vida antes referido, além de restrições a um direito em prol de outros, é preciso que essas restrições não comprometam a liberdade dos cidadãos.

Saliente-se que, para o autor, “*a liberdade não seria a autonomia total, mas a autonomia substancial*”⁵⁶⁹. O limite dessas restrições estaria na observância do que Dworkin denomina de dignidade, identificando para esse fim a independência ética da pessoa. Assim, as leis coercitivas que não permitissem a pessoa de tomar suas próprias decisões em questões éticas fundamentais, vinculadas a essa dignidade de que fala, e que, naturalmente, não atinjam terceiros, seriam restrições indevidas⁵⁷⁰.

Se no exemplo do homicídio a solução é confortável, outras restrições postas podem não ser tão evidentes e suscitar a análise da possibilidade ou não de restrição por parte do Estado.

Weingartner Neto, ao tratar das restrições à liberdade religiosa, faz a ressalva do cuidado que se deve ter com a vagueza semântica de determinados conceitos. Seria o caso de imposição de restrições com base em “bons costumes”, mesmo que sob a roupagem de “moral pública”, ao que ele denomina de «conceitos de atalho», sob pena de permitir o acolhimento de posições que se mostrem discriminatórias. Para o autor é

⁵⁶⁹ Cabe transcrever a análise apresentada por Dworkin: “[...] o governo não compromete a liberdade dos cidadãos quando os proíbe de matar uns aos outros. É lamentável, sem dúvida, que alguns sejam punidos por desobedecer à lei: a punição inflige dano aos punidos e deve consternar os que a aplicam. Do mesmo modo, é lamentável que alguém obedeça à lei unicamente por medo. Seria melhor, sem dúvida, se tanto as leis quanto os cidadãos fossem justos o bastante para que nem a ameaça nem o fato da coerção fossem jamais necessários. Mas a decisão coletiva de impor o dever de não matar e de ligar uma sanção grave a qualquer violação desse dever não é, em si, um insulto à dignidade daqueles que estão sujeitos ao governo. Pelo contrário, nossa dignidade de cidadãos iguais exige que o governo nos proteja dessa maneira. Quando aceitamos que a maioria dos nossos concidadãos tem o direito de estabelecer leis de trânsito e fazer valer essas leis, isso não nos avilta, desde que as leis por eles escolhidas não sejam más nem exageradamente tolas. Tampouco nos avilta que eles tenham o direito de definir quem são os proprietários de determinados bens e quais são os direitos e garantias ligados a propriedade. Por outro lado, sofreríamos aviltamento caso aceitássemos que até uma grande maioria tem o direito de ditar nossas convicções ou práticas religiosas, ou as opiniões que devemos ou não devemos expressar nos debates políticos.” DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, p. 562.

⁵⁷⁰ Exemplifica o autor: “Incluem-se aí as escolhas referentes à religião, aos compromissos pessoais íntimos e aos ideais éticos, morais e políticos. Vários juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos, recusando-se a permitir que alguns estados americanos proibissem categoricamente o aborto no começo da gravidez, disseram que essas “questões envolvem as escolhas mais íntimas e pessoais que a pessoa talvez tenha de fazer em toda a sua vida, escolhas essenciais para a dignidade e a autonomia”. As pessoas têm o direito à independência nessas decisões desde que não ponham em risco a igual independência das outras pessoas”. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, p. 564.

necessária a construção de um conceito com base constitucional, que possibilite uma aplicação geral e indiscriminada⁵⁷¹.

A lei maior portuguesa expressa ainda que a lei que estabelece as restrições deve manter o carácter geral e abstrato. Ou seja, a restrição deve ser genérica, e não direcionada, além de que não pode retroagir⁵⁷².

Um direito fundamental deve ter a maior abrangência possível. Restrições são a exceção, motivo pelo qual somente podem estar impostas na própria constituição ou por força de lei quando expressamente autorizadas pela constituição. Ademais, essas restrições não podem, de forma alguma, atingir o núcleo essencial do direito, sob pena de o descaracterizá-lo. Ou seja, o núcleo essencial de um direito fundamental aparece como o principal limite a possíveis restrições que lhe imponham.

3.3.7 Renúncia dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais e de personalidade, embora alocados em campos jurídicos distintos, apresentam traços de similaridade, pois ambos tratam de direitos do homem na sua dignidade.

⁵⁷¹ O autor expressa suas dúvidas acerca da operacionalidade do conceito: “Já o descarte da moral pública e dos bons costumes liga-se à noção de que são amiúde utilizados como “conceitos de atalho” (shortcuts) “para justificar a restrição ou mesmo a neutralização de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de religião, de uma forma subtraída a qualquer avaliação crítica”, uma automática abertura a outros códigos deonticos (morais e religiosos) “insuscetíveis de descrição sistêmica pelo binário característico do discurso jurídico”. Surgiram como “instrumentos de racionalização autoritária da imposição heterônoma de uma determinada concepção do bem, através do monopólio da coação legítima” – daí o “relativo descrédito” em que caíram nas doutrinas constitucionais pluralistas, pós-tradicionais ou pós-teleológicas frequentemente funcionando como “instrumento de luta política e cultural”. A menos que se construa um conceito material de moral pública constitucional “a partir do valor básico da dignidade da pessoa humana [com as dificuldades já vistas], dos princípios da igualdade, da justiça, da reciprocidade, do respeito mútuo, bem como de bens constitucionais como a proteção da infância, da juventude, qualidade de vida, honra, integridade moral, a obrigação de tolerância em relação aos sentimentos religiosos e morais dos cidadãos”. Certo é que não se pode afirmar um “específico conceito de moral pública escorado numa concepção mundividencial fechada, ontológica e teleologicamente referenciada, dotada de pretensão de objetividade e exclusividade”. Por tudo, têm-se sérias dúvidas acerca da operacionalidade do conceito”. WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade...**, pp. 212-213.

⁵⁷² Artigo 18.º Força jurídica 1. [...] 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. PORTUGAL. Constituição da República...

Por serem direitos inatos, somente podem ser exercidos por seus titulares. Não é possível, pois, a transferência do direito ou de seu exercício para outrem. Igualmente, decisão de disposição desses direitos somente pode ser manifestada pelo titular.

Na esfera do Direito Civil, domínio da autonomia privada, a renúncia a direitos é instituto reconhecido, voltado em especial para direitos disponíveis, como são os direitos de natureza patrimonial, cuja renúncia implicará na perda desse direito⁵⁷³. Contudo, dada a condição de direitos inatos, a questão da renúncia dos direitos fundamentais e que também se dirige aos direitos de personalidade é tema que suscita debates⁵⁷⁴.

O debate será direcionado às questões relativas aos direitos fundamentais, dada sua superioridade constitucional e o fato de que os argumentos desenvolvidos para verificar a possibilidade e validade da disposição na relação Estado/indivíduo servem também, com as devidas adaptações, para análise da questão da renúncia de direito que ocorra nas relações entre particulares, quando se trata de um direito de caráter existencial.

A renúncia nessa seara compreende nuances diferentes dependendo do caso concreto, o que torna difícil estabelecer um regramento único que permita verificar a possibilidade e validade de tais disposições. Assim, pretende-se, aqui, estabelecer conceitos e verificar argumentos que permitam a análise da admissibilidade e validade em casos específicos.

⁵⁷³ Até mesmo na esfera penal é possível a renúncia de alguns direitos, como, por exemplo, a existência de ações penais condicionadas cuja não representação equivale a renúncia da persecução penal contra o ofensor, ou mesmo a possibilidade de se considerar o consentimento da vítima como causa de exclusão da ilicitude.

⁵⁷⁴ Opta-se por falar em renúncia de direito, por possibilidade do titular livremente abrir mão, abandonar, desistir de um direito ou de um bem protegido por norma constitucional de direito fundamental.

Pensou-se em utilizar o termo *dispor* de um direito, também no sentido de abrir mão, na medida em que se estabelece o “não querer” ou o “não querer exercer”. Contudo, para evitar qualquer problema de entendimento, optou-se por usar a terminologia cujo significado linguístico está mais de acordo com o que se pretende. Cabe referir que diante das várias acepções da palavra «dispor» e seu sentido maior direcionado para ordenar, não exprime com exatidão o que se pretende e, daí, porque se manteve o uso de renúncia.

(renunciar - 1. Desistir de [aquilo a que se tem direito]. = ABDICAR, RESIGNAR [...].

(dispor - (*verbo transitivo*-1. Pôr por ordem.2. Pôr em ordem.3. Ordenar, mandar.4. Resolver; preparar.5. Plantar; *verbo intransitivo* 6. Testar; ordenar em testamento.7. Ter à sua disposição.8. Ser o senhor.9. Regular por lei ou ordem.10. Prescrever o uso (que se há de fazer de).11. Servir-se, utilizar-se.12. Deixar à disposição (de outrem)). DICIONÁRIO Priberam da língua portuguesa. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

Manifestações doutrinárias, em regra, tendem a entender pela impossibilidade de renúncia do direito fundamental, tendo por argumento o caráter de indisponibilidade desses direitos, de forma que dificilmente poderia se falar em extinção desse direito.

A renúncia a direito fundamental é diferente da perda, da suspensão, limitação ou restrição desse direito, pois na renúncia há necessidade do elemento volitivo do titular.

Na perda há um enfraquecimento acentuado e ocorrerá se constatados os pressupostos previstos na norma. A vontade do titular, no caso, é totalmente irrelevante⁵⁷⁵. A suspensão diz com a privação temporária do direito, em regra por situações estranhas ao titular do direito⁵⁷⁶. A limitação ou restrição diz com a atuação do poder público, conforme já se analisou no item anterior.

A renúncia de que se está a tratar é diversa da renúncia de direitos como os direitos patrimoniais civis, que por sua natureza são disponíveis. Refere-se a direitos que apresentam, dentre suas características, como regra, a irrenunciabilidade. Faz-se necessário, assim, que sejam estabelecidos pressupostos e critérios específicos de admissibilidade dessa renúncia.

Ao tratar da renúncia de direitos fundamentais, Novais refere que:

O menor denominador comum das situações de renúncia, é, de facto, esse poder individual de dispor das posições jurídicas próprias tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da protecção do indivíduo face às entidades públicas, ou da qual resulta, vista agora da perspectiva do poder público, uma ampliação da margem de actuação deste relativamente à esfera protegida de direitos fundamentais de um indivíduo⁵⁷⁷.

A renúncia de direito fundamental diz respeito à disposição voluntária da pessoa, que assim enfraquece sua posição de exigir do Estado a proteção que lhe é devida. Há uma manifestação do titular que, de imediato, ao abrir mão do direito fundamental, tem seu campo de proteção reduzido.

⁵⁷⁵ Exemplifica o autor com base na Constituição brasileira, utilizando-se do art. 15 da CF/88, ressaltando que nem todas as hipóteses previstas são de perda, mas algumas de suspensão: “Nele há uma expressa previsão de perda de direitos políticos em razão de situações definidas. Desta forma, na ocorrência de algumas das situações descritas no texto constitucional, a perda do direito fundamental opera diretamente, uma vez que a regra relativa à perda “reveste-se de auto-aplicabilidade, independendo, para efeito de tal imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa”. Desnecessária, portanto, a regulamentação da perda por diploma legislativo infraconstitucional, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal”. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30.

⁵⁷⁶ Cfr. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia...**, p. 35.

⁵⁷⁷ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 219.

Os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos abrangem situações diferenciadas em sua natureza e estrutura. De forma geral, com a renúncia, a posição jurídica subjetiva - objeto de proteção - se enfraquece.

Mesmo partindo de manifestação voluntária do titular do direito, verifica-se a preocupação com a disposição de direito ou de bem protegido por um direito fundamental e as consequências que possam advir desse ato.

Assim que, quando a doutrina trata da terminologia ou das modalidades de renúncia, verificam-se tentativas de apresentar formas de assegurar que o direito fundamental se mantém, não sendo possível por renúncia a extinção total do direito fundamental de seu titular.

Tem-se, pois, designações como de «disposição individual acerca de posições de direito fundamental» e não «renúncia de direitos fundamentais», ou mesmo debates quanto à renúncia de direito ou do exercício desse direito.

Novais, partindo do conceito de renúncia de direitos fundamentais como enfraquecimento da posição do titular frente ao Estado, sustenta a possibilidade de utilização do termo renúncia, também adotado nesta tese, deixando claro, contudo, que permanece ainda em aberto a questão da extensão em que essa renúncia é admitida⁵⁷⁸.

Igualmente, embora sem pretensões de servir como limitador, a distinção entre renúncia ao direito ou ao seu exercício é relevante na medida em que terão consequências diversas⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Novais, ao se referir a doutrinadores que preferem utilizar a terminologia de disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais, diz: “não parece que a utilização da expressão renúncia a direitos fundamentais seja de rejeitar, até porque, e contra a opinião dos autores referidos, não concordamos com uma concepção restritiva *a priori* do conceito de renúncia, que se devesse reflectir desde logo, numa designação mais doce. Pois, uma coisa é o conceito de renúncia – e aqui o núcleo essencial é a existência de uma decisão voluntária que produz um enfraquecimento da protecção de direito fundamental a que corresponde uma ampliação da margem de actuação da entidade pública – e outra coisa é saber até onde vai, no sentido de até onde é admissível, o correspondente poder de disposição individual, ou seja, até à renúncia total ou apenas parcial, até à renúncia ao direito ou só a renúncia ao exercício, até à renúncia definitiva ou tão só temporária.” NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 220.

⁵⁷⁹ Refere Novais: “É que renunciar a titularidade de uma posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental é renunciar total e irrevogavelmente à capacidade jurídica de exercício das faculdades ou poderes que decorrem dessa posição por todo o tempo previsto na declaração de renúncia, enquanto a renúncia ao mero exercício nunca é, pelo menos, definitiva, uma vez que, continuando o sujeito na titularidade da posição jurídica, pode sempre, potencialmente, reassumir a plenitude da capacidade de exercício, em última análise através da possibilidade de revogação da declaração de renúncia. Já no caso de uma renúncia válida à própria titularidade do direito, uma reassunção da plenitude dos poderes dele decorrentes já não dependeria só de uma decisão unilateral do próprio, mas antes e também de uma decisão heterónoma”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, pp. 226-231.

Para Adamy, a distinção é clara, considerando ainda que embora façam parte de uma mesma categoria de direitos, vale dizer, fundamentais, nem todos têm a mesma característica.

Segundo o autor, no não-exercício há uma posição jusfundamental garantida que permite ao titular exercer ou não exercer esse direito, sendo desnecessária a manifestação da vontade deste⁵⁸⁰. O autor diferencia, contudo, o não exercício em sentido próprio e no sentido impróprio, esse como modalidade de direito fundamental. Ou seja, no não-exercício próprio diz com os direitos fundamentais que não precisam ser exercidos, exercê-los ou não mantém o direito⁵⁸¹. Já no sentido impróprio, a abstenção é, em verdade, uma forma de exercício desse direito⁵⁸².

Disso decorre que, para o autor, também a renúncia, que se direciona ao não-exercício impróprio, é uma forma de exercício de um direito fundamental, podendo também ser entendida como uma forma de auto-restrição. Ou seja, ao renunciar a um direito dessa ordem, o titular estará também exercendo um direito fundamental *“como uma das possíveis formas de exercício daquele direito em conjunto com o seu direito de liberdade e como meio autônomo de restrição ou limitação do direito renunciado”*⁵⁸³.

De toda sorte, reforça-se: em qualquer das dimensões em que se entenda, os limites serão os mesmos. Ao falar em renúncia está a se tratar de um indivíduo que por

⁵⁸⁰ Reforça o autor que o não-exercício não significa renúncia desse direito, que permanece intacto para o titular que decidiu não exercê-lo. Exemplifica com os direitos à greve, aos alimentos, casos em que o não exercício não levam a renúncia desse direito. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia...**, pp. 40-41.

⁵⁸¹ Cabe salientar que a maioria dos direitos fundamentais são estáticos, ou seja, de exercício não obrigatório. Estão à disposição do autor, mas podem ficar apenas latentes, de forma que o não exercício, nesses casos, não altera a situação. O autor apenas excepciona aqueles para os quais se cria um dever fundamental correlato, indicando como exemplo o direito-dever de sufrágio. Exemplifica o autor: “Tal fenômeno é mais facilmente verificado nos direitos fundamentais de liberdade, por possuírem essa dupla natureza. Pode-se, por exemplo, exercer a liberdade religiosa professando uma determinada fé, ou não professando nenhuma, ou mesmo professando a desnecessidade de uma fé, ficando independentemente “aberta a possibilidade de não-exercício do direito fundamental”. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia...**, p. 42.

⁵⁸² Nesse sentido explica o autor: “o exercício de um direito fundamental pode se dar de variadas formas e em diferentes graus. Assim, a própria ideia de não se exercitar uma posição jurídica fundamental é uma das formas – negativa ou imprópria – de utilização das possibilidades do direito fundamental, aqui em conjugação com direito fundamental à liberdade de ação. Contudo, alguns direitos, por sua própria natureza, não permitem sequer a possibilidade de não-exercício. É o caso, por exemplo do direito à vida. Não há como não exercer o direito à vida sem que o direito seja, em si mesmo, aniquilado. [...] se o titular de um determinado direito fundamental escolhe não exercer todas as potencialidades e pretensões que o direito fundamental lhe garante, esse não-fazer é uma forma de exercício”. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia...**, pp. 43-44.

⁵⁸³ Cfr. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia...**, p. 49.

decisão pessoal e voluntária tem diminuída a proteção de sua posição jurídica frente ao Estado e outras entidades públicas⁵⁸⁴.

Ao tratarmos de recusa estamos falando de uma manifestação pessoal. Parte do próprio indivíduo e decorre de seu direito fundamental à liberdade. Liberdade de se autoconstruir, de observar suas crenças, sejam elas de cunho religioso ou não, e de se determinar segundo esses posicionamentos. A recusa a um direito fundamental, dessa forma, implica em um enfraquecimento da proteção desse indivíduo frente ao Estado, mas com base na sua determinação pessoal.

Na medida em que se reforça o reconhecimento da capacidade de autodeterminação da pessoa, não há como lhe negar a possibilidade de recusa de um direito seu, pois de nada adiantaria ser titular de um bem jurídico sem dele poder livremente dispor, inclusive a ele renunciando. Se assim fosse “*o que restaria, por certo, seria uma obrigação, um dever ao exercício de um direito, o que se mostra indefensável em um Estado Constitucional*”⁵⁸⁵.

A dogmática dos direitos fundamentais foi construída ao longo dos anos com vistas à garantia de direitos do indivíduo, tanto na sua esfera pessoal (física e intelectual) como social, de forma a exigir do Estado, como se viu, prestações negativas e positivas, mas sempre tendo em vista o direito da pessoa. Nesses termos, o Estado passa a ser o protetor que não interferirá e garantirá que terceiros não interfiram no espaço de atuação da pessoa. Ou seja, os direitos fundamentais vêm para reforçar e garantir a liberdade e autonomia do indivíduo, que na sua esfera pessoal poderá agir de acordo com suas convicções.

Os Estados de Direito que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana devem criar espaço para livre desenvolvimento e mecanismos de proteção que permitam todas as formas de manifestações. Como tal, não há como se entender que a pessoa não poderá dispor de um direito fundamental que lhe é conferido, mesmo que se trate de não-exercício impróprio, ou seja, abrindo mão de um direito que necessariamente deva ser exercido.

⁵⁸⁴ Cf. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia...**, p. 55.

⁵⁸⁵ Concluem os autores: “Desta forma, o exercício ou a renúncia a este exercício são manifestações de titularidade de um bem jurídico (direito fundamental), como que a dupla face de uma mesma moeda”. SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João B. de; SOUZA, Paulo V. Sporleder. Capacidade etária mínima para consentir no Direito Penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, pp. 27-28, jan./fev. 2011.

Disso resulta o fato da pessoa poder optar em exercer ou não um direito fundamental que lhe seja conferido, da mesma forma que poderá dispor dessa proteção se entender que o benefício que procura virá de tal atitude.

Estando de acordo com as convicções pessoais e considerando o poder de autodeterminação da pessoa, não há como lhe negar o direito de recusa ao direito, ainda que de cunho fundamental⁵⁸⁶.

Embora a recusa implique em uma diminuição da proteção ao indivíduo, reforça a ideia de liberdade e autonomia, daí porque a renúncia, em verdade, configura o exercício de um direito fundamental.

Reconhecido o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e conferido poder à pessoa de agir de acordo com seus próprios valores, inclusive renunciando ao exercício de direito que lhe foi conferido, estabelece-se novo limite de interferência ao Estado na sua atuação como protetor do direito conferido à pessoa.

Conclui-se, pois, pela admissibilidade de renúncia dos direitos fundamentais da pessoa, entendida como a sua possibilidade de voluntariamente abrir mão de posição protegida, considerando o não exercício em sentido impróprio, com fundamento para tanto no próprio conceito de dignidade humana e no reconhecimento da autonomia pessoal.

A validade e extensão dessa renúncia, portanto, é o problema maior, cuja solução dependerá das circunstâncias do caso concreto.

Miranda identifica alguns requisitos que devem estar presentes no que denomina de «auto-restrição» ou «auto-suspensão» dos direitos fundamentais, quais sejam: a livre decisão e consentimento; a regulamentação por lei quando envolva poder conexo da administração; a limitação no tempo; a revogabilidade a qualquer tempo⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Nesse sentido: “Num Estado não paternalista como é essencialmente o Estado de Direito, que assenta na dignidade da pessoa humana e faz do livre desenvolvimento da personalidade individual um valor fundamental, esta situação de direitos de exercício obrigatório (direitos/deveres) é claramente excepcional. [...] A renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito. Só o Estado paternalista se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio, numa concepção de liberdade vinculada [...]” NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p.235.

⁵⁸⁷ Miranda contempla a questão como sendo renúncia ao exercício do direito, referindo que os direitos fundamentais são indisponíveis e irrenunciáveis. Refere o autor: “Ninguém pode, por qualquer forma, ceder ou abdicar da sua titularidade. Mas isso não significa que o seu exercício seja obrigatório, nem que, em certas circunstâncias e para fins também constitucionalmente relevantes ou, pelo menos, não

Os requisitos elencados sintetizam os pressupostos necessários para a renúncia ao exercício de um direito que é fundamental ao homem, ao mesmo tempo em que deixam claro que o titular estará dispondo de posições desses direitos fundamentais, tanto que poderá revogar a manifestação a qualquer tempo.

O primeiro deles diz respeito a decisão pessoal. É o reflexo do reconhecimento do direito de liberdade e de desenvolvimento pessoal, que dessa forma autoriza o indivíduo a se autodeterminar e agir de acordo com sua decisão, podendo, assim, dispor de direitos que lhe são assegurados. Importa aqui a manifestação pessoal.

Somente o titular do direito poderá abrir mão do seu exercício. E para externá-lo é necessária a manifestação livre e consciente do que pretende. Os direitos fundamentais individuais, vinculados ao princípio da dignidade humana, são direitos de natureza existencial e, como tal, somente podem ser exercidos pelo seu titular. Se somente o titular pode exercer, somente ele poderá renunciar.

Diante de tal delineamento se tem a diferença de validade de uma renúncia proferida por pessoa adulta e capaz e de uma proferida por representante de incapaz. Nesse último caso, pois, não se pode abrir mão do exercício de direitos fundamentais do seu titular⁵⁸⁸.

Ressalta-se aqui a congruência do encaminhamento da prática na área médica, tanto de investigação quanto de assistência. A teoria do consentimento informado na área médica decorre do reconhecimento da importância do bem e dos valores que estão sendo tratados, quais sejam a integridade física e a vida. Reforça a autonomia pessoal e permite decisões de se submeter ou recusar um determinado tratamento, e que pode

contrários aos princípios do Estado de Direito democrático, os seus titulares não possam ou não devam aceitar a sua restrição; ou que não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos". MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 385.

⁵⁸⁸ Nesse sentido o exemplo apresentado por Novais é bastante esclarecedor e demonstra que a alteração da circunstância concreta pode configurar legítima ou não uma renúncia: "Assim, se a recusa, livre e conscientemente expressa, da testemunha de Jeová, adulta, em sujeitar-se a uma transfusão de sangue absolutamente necessária para lhe salvar a vida pode ser configurada como renúncia, eventualmente legítima, ao seu direito à vida, já a mesma recusa manifestada em nome de um filho não pode ser integrada na mesma categoria de renúncia a direitos fundamentais, uma vez que um não titular do direito fundamental em causa não tem o poder de dispor sobre o abandono das pretensões, faculdades ou poderes que dele decorrem. Logo, quando se considera a legitimidade de uma e outra situação, a relevância do consentimento é qualitativamente distinta: no caso do adulto que pretende renunciar à vida em nome da sua liberdade religiosa, a existência de consentimento deve relevar como fator de ponderação a favor da admissibilidade da renúncia; já no caso referido de renúncia em nome do menor, o consentimento não deve desempenhar qualquer papel; quando muito haverá que ponderar aí o direito à vida do menor e o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos (o que inclui a educação religiosa), mas à margem de qualquer argumentação de renúncia, uma vez que não há aí consentimento do titular do direito". NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 250.

implicar em renúncia a um desses bens ou direitos pessoais. Nestes termos, verifica-se a convergência dos requisitos que permitem a renúncia de um direito fundamental protegido e o papel primordial do consentimento do titular dos bens e direitos envolvidos.

A questão do limite no tempo diz respeito em não abrir mão do direito fundamental, mas apenas de posições desse direito. Mesmo debate pode ser travado na questão de renúncia total ou parcial que diz com os limites à renúncia. O reconhecimento da revogabilidade a qualquer tempo também confirma a não extinção do direito pela manifestação de renúncia.

Necessário se reconhecer que, em determinadas circunstâncias, pouco efeito prático haverá nessas distinções, pois a renúncia poderá implicar em verdadeira renúncia ao direito como um todo como, por exemplo, questões que envolvam renúncia ao direito à vida⁵⁸⁹.

No que diz respeito à reserva legal, fica claro que se direciona à atividade administrativa. Como bem adverte Novais: *“enquanto exercício de direitos fundamentais, a renúncia de um particular às suas posições protegidas por normas de direitos fundamentais não carece de previsão legal”*⁵⁹⁰.

Equivale a dizer que o Estado apenas poderá restringir um direito fundamental com base em decisão legal, mas a renúncia do particular diz com suas posições individuais e não poderão estar condicionadas a uma disposição legal prévia, sob pena de indevida diminuição da capacidade decisória da pessoa. Naturalmente que a norma jurídica que expressamente preveja a possibilidade de renúncia reforça a posição do titular do direito e serve como presunção da validade da renúncia apresentada.

De toda sorte, a conclusão é pela possibilidade de renúncia, por parte do titular do direito, mediante a ponderação dos interesses que estiverem em discussão e que permitam validar esse ato.

Cabe referir que também a renúncia aos direitos de personalidade, embora inseridos no direito privado, tem sua admissibilidade questionada. Classificados como bens inatos à pessoa são identificados como indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

⁵⁸⁹ Nesse sentido analisa Adamy: “Contudo, alguns direitos, por sua própria natureza, não permitem sequer a possibilidade de não-exercício. É o caso, por exemplo, do direito à vida. Não há como não exercer o direito à vida sem que o direito seja em si mesmo aniquilado. O direito à vida é, em qualquer circunstância, exercido pelo seu titular”. ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia...**, pp. 43-44.

⁵⁹⁰ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 262.

Situações concretas do dia a dia, porém, demonstram que esses bens são objetos de negócios jurídicos, com ou sem conteúdo patrimonial. O direito de imagem, por exemplo, não raro é objeto de disposição por parte de seu titular. Em razão dessa constatação, concepções modernas consideram possível a disposição desses bens ou direitos, sem descaracterizar sua condição de direito de personalidade⁵⁹¹.

Deve-se ainda perquirir quanto a validade da renúncia a um direito fundamental. Novais identifica alguns critérios que auxiliam nessa análise, do qual se destaca, nesta tese, o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹².

O mesmo princípio que concede os direitos fundamentais é que será determinante para permitir a recusa do direito, servindo como parâmetro para validação dessa manifestação.

Nesses termos, qualquer violação a um direito fundamental da pessoa que passe a tratá-la como um objeto, mesmo que decorrente de uma decisão pessoal, não pode ser considerada como válida. A recusa não pode ser tal que afete sua dignidade⁵⁹³. É assim que os limites para a renúncia a um direito fundamental serão analisados no caso concreto com influência de aspectos que afetem diretamente o titular desse direito.

A medida da dignidade, por sua vez, é conferida pela própria pessoa. Assim, não há um critério único que permita se estabelecer de forma prévia o que é passível ou não de renúncia. *“O próprio conteúdo da dignidade da pessoa é condicionado pelo consentimento do lesado e pelas suas convicções acerca do sentido de sua dignidade”*⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Borges refere: “Expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas esta limitação é também relativa. Embora a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade, a extrapatrimonialidade e a indisponibilidade sejam características presentes na teoria geral dos direitos de personalidade, quando se analisam certos tipos desses direitos se percebe a relativa disponibilidade de alguns deles. A autorização para uso de certos aspectos desses direitos por terceiros, não descaracteriza o direito enquanto direito de personalidade”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 121.

⁵⁹² O autor admite que pode parecer estranha a utilização desse princípio como critério a orientar a ponderação dos interesses como forma de validar a renúncia, mas refere que a invocação desse princípio na ponderação de bens e valores, não dispensa que se recorra a outros critérios e a valoração das circunstâncias concretas do caso. *Cfr.* NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, pp. 273-275.

⁵⁹³ Miranda estende os motivos limitadores da renúncia. Refere o autor: “Não podem ser admitidas situações que afetem a dignidade da pessoa humana, que briguem com os direitos insusceptíveis de suspensão em estado de sítio (art. 19º. N. 6), que ofendam bens que, sendo pessoais, são simultaneamente ou estão intimamente associados a valores comunitários, em suma (para convocar, de novo, o art. 29º, n 2, da Declaração Universal), que colidam com a moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 386.

⁵⁹⁴ *Cfr.* NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 275.

As situações de fim de vida, objeto dessa tese, demonstram claramente que a proteção a um direito fundamental, mesmo da grandeza do direito à vida, pode atentar contra a dignidade da pessoa, quando passa a ser irracional e desmedida. Deixa claro, desta forma, que a dignidade da pessoa, cujo conteúdo é determinado pelos seus próprios valores, é o requisito que validará a manifestação de disposição desse direito.

3.3.8 Colisão de princípios de direitos fundamentais

Mesmo dentre os direitos fundamentais, não há nenhum direito absoluto. Ainda que dentro de determinados parâmetros, há a possibilidade de restrição e de disposição de bens fundamentais e/ou de personalidade.

Nas situações em que se identificam confrontos de razões, interesses ou valores, faz-se necessária a solução por meio da ponderação. Frente ao caso concreto, mantendo princípios e normas no sistema vigente, ainda que por hora possa haver uma redução em sua intensidade de aplicação, pela ponderação dos princípios chegar-se-á a solução.

Resumidamente, pode-se afirmar que são três as etapas que estruturam esse processo de ponderação: no primeiro momento deve-se identificar quais são as normas relevantes em conflito; no segundo examinar as circunstâncias concretas do caso e suas possíveis repercussões sobre os elementos normativos faz parte da segunda etapa do processo; e, por fim, chega-se a fase de decisão, que servindo-se do princípio da proporcionalidade, examinará os diferentes grupos de normas e apontará qual das normas deverá prevalecer⁵⁹⁵.

Conforme Alexy, *“objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto”*⁵⁹⁶.

Desta forma, direitos fundamentais de mesma importância podem ceder, o que ocorrerá nas hipóteses de colisão, quando, em função do caso concreto, um direito terá prevalência sobre o outro.

Como já analisado na classificação das normas, das quais se salientou as normas de direito fundamental, a colisão se dará entre princípios e não regras.

Isso porque, tal qual já referiu Dworkin, as regras se aplicam no tudo ou nada. Ou seja, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A solução desse

⁵⁹⁵ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 57-58.

⁵⁹⁶ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 95.

impasse deverá ser buscada dentro do próprio sistema jurídico que regula, nas suas disposições, qual regra prevalecerá. Dentro de um sistema jurídico posto, deverá ser observada a hierarquia, a atualidade, a especificidade, entre outros⁵⁹⁷.

A hipótese para não aplicação da regra é o fato dessa norma ser inválida, quando então deixa de ser aplicada. Salienta-se que as regras constitucionais, dado seu caráter, são regras válidas e superiores, de forma que, a princípio, devem ser observadas.

Uma terceira hipótese é a própria regra conter uma cláusula de exceção, ou seja, excepcionar casos em que não será utilizada, quando então a regra permanece válida, mas não se aplica ao caso concreto em razão da exceção estabelecida pela própria regra. Assim, embora possa haver conflito entre regras, não há própria colisão, pois uma das regras deverá ser abandonada, prevalecendo a regra válida. Aplicar-se-á, pois, a regra que se encontrar válida.

Mesmo sabendo que um princípio pode se consolidar por diversas formas, cabe referir que se houver uma regra sobre o tema, considerando que se trata de uma opção legislativa prévia⁵⁹⁸, sobre o caso em questão aplica-se a regra, desde que válida, não cabendo por aplicação do princípio se rediscutir a norma objetiva adotada. Desta forma, via de regra, não há como falar em colisão de princípios e regras. Novamente, se a regra estiver em desacordo com os valores maiores, ter-se-á como inválida e, assim, não passível de aplicação.

Já com relação aos princípios, considerando sua estrutura, qual seja, não é objetiva e permite sua realização de várias formas. É possível que em determinado caso concreto mais de um princípio possa ser aplicado. Para se saber qual o princípio que deve preponderar, necessária a ponderação frente ao caso concreto que se está a analisar.

⁵⁹⁷ Conforme Dworkin: “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”. DWORKIN, Ronald. **Levando...**, p. 43.

⁵⁹⁸ Nesse sentido refere Barroso: “O principal valor subjacente às regras é a segurança jurídica. Elas expressam decisões políticas tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta. Não transferiram, portanto, competência valorativa ou ponderativa ao intérprete, cuja atuação, embora não seja mecânica – porque nunca é -, não envolverá maior criatividade ou subjetividade. Regras, portanto, tornam o Direito mais objetivo, mais previsível e, conseqüentemente, realizam melhor o valor segurança jurídica”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, p. 243.

Para Alexy, todas as colisões entre princípios podem ser solucionadas pelo que intitula de «lei de colisão». De acordo com o autor, ao realizar-se a ponderação é necessário a observância das circunstâncias fáticas do caso concreto, uma vez que não existem relações de preferência absolutas entre os princípios. O princípio que por hora tem precedência restringe as possibilidades jurídicas de satisfação do princípio desprezado, porém se as condições forem modificadas essa relação de preferência poderá ser invertida, já que não é definitiva⁵⁹⁹.

Para ilustrar sua teoria, o autor cita a decisão do caso de Lebach⁶⁰⁰, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no ano de 1973, no qual o reclamante, condenado por homicídio que estava para ser liberado, pretendia impedir a transmissão de documentário produzido por uma emissora de televisão, sob o argumento de que violaria seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Estavam em colisão, pois, o direito à liberdade de informação da emissora e o direito à liberdade do reclamante.

Ao analisar o caso, Alexy explica que a argumentação do Tribunal Constitucional Federal foi desenvolvida em três etapas: 1) a verificação de uma “situação de tensão” entre a proteção da personalidade e a liberdade de informação por meio de radiodifusão e, que a partir desse conflito, por meio de sopesamento e levando em consideração as situações fáticas do caso, decidir qual interesse deve ceder; 2) O Tribunal aventa que em face de «informação atual» sobre atos criminosos graves, o interesse de informação da população em geral merece prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Entretanto, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por «tempo ilimitado» e além da notícia atual; 3) Na terceira etapa ocorre a decisão, em que o tribunal constata que a apresentação de um novo documentário sobre

⁵⁹⁹ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, pp. 94-99.

⁶⁰⁰ O caso pode vir assim resumido: “A situação envolvia o reclamante, que juntamente com dois outros homens havia participado de um latrocínio em 1969, e a emissora de televisão ZDF. O reclamante e seus comparsas assassinaram quatro soldados, que guardavam um depósito de munição, e feriram um quinto gravemente. Além dos homicídios, armas e munições também foram roubadas. Os dois principais acusados foram condenados em agosto de 1970 à prisão perpétua, enquanto que o reclamante, por ter sido considerado um auxiliar no crime, foi condenado a seis anos de reclusão. O crime teve ampla cobertura pela imprensa e passou a ser conhecido como o “assassinato de soldados de Lebach” (nome de um lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha). A emissora de televisão ZDF preparou um documentário sobre todo o ocorrido, inclusive com fotos e nome dos criminosos, e a transmissão dias antes da soltura do reclamante. Por entender que a apresentação do documentário violaria o seu direito de desenvolvimento da personalidade, o reclamante ingressou com vários pedidos de liminar para impedir a transmissão do programa, porém estas restaram infrutíferas. Então o autor ajuizou uma reclamação perante o Tribunal Constitucional Federal contra essas decisões. Caso BVERFGE 35, 202. (LEBACH) 05/06/1973. In: SCHWAB, Jurgen (Ed.). **Cinquenta...**, pp. 487-488

o caso pode “*provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso*”, ameaçando inclusive a sua ressocialização⁶⁰¹.

Partindo desses três argumentos, Alexy aduz que a regra, que corresponde ao enunciado de preferência, possui uma estrutura com quatro atributos de suporte fático ($R = T_1 \text{ e } T_2 \text{ e } T_3 \text{ e } T_4$), quais sejam: “*Uma notícia repetida (T_1), não revestida de interesse atual pela informação (T_2), sobre um grave crime (T_3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T_4) é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais*”⁶⁰².

Alexy conclui que essa regra, composta dos elementos fáticos, é como se fosse uma norma positiva, uma norma de direito fundamental atribuída. E, dessa forma, afirma que em todos os casos onde haja o sopesamento “*pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de regra e à qual o caso pode ser subsumido*”⁶⁰³.

De acordo com Robert Alexy, as colisões podem se apresentar tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo. Em sentido restrito somente há colisão entre os direitos fundamentais e outros direitos fundamentais de titularidades diferentes. Na colisão entre direitos fundamentais em sentido amplo, esses direitos colidem com normas ou princípios que têm como objeto bens coletivos⁶⁰⁴.

No caso de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, a efetivação de um direito fundamental reflete negativamente sobre direitos fundamentais de outros titulares, sendo que esses direitos podem ser ou não idênticos. Alexy divide ainda as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito em colisões de direitos fundamentais idênticos⁶⁰⁵ e colisões de direitos fundamentais diferentes⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, pp.100-101.

⁶⁰² Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p.102.

⁶⁰³ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p.102.

⁶⁰⁴ Cfr. ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, mar. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 01 jan. 2017.

⁶⁰⁵ Para Alexy, as colisões de direitos fundamentais idênticos podem ser classificadas em 4 (quatro) tipos, quais sejam: 1) quando os titulares tem afetado o mesmo direito fundamental em um mesmo momento, seria o caso de dois grupos políticos contrários ao mesmo tempo quererem usufruir do direito de reunião em um mesmo local; 2) O segundo caso quando os dois titulares fundamentados no mesmo direito fundamental, porém utilizando-se do direito fundamental como um direito de defesa liberal e outro como direito de proteção, como exemplo Alexy cita o caso em que atira-se em um detentor de refém para salvar a vida do refém que sofre a ameaça; 3) Como terceiro tipo de colisão de direitos fundamentais iguais, quando um têm um lado negativo e um positivo, exemplo na liberdade de crença; 4) Por fim, Alexy cita como a quarta variante de colisões dos mesmos direitos fundamentais de titulares diferentes, quando se acrescenta ao lado jurídico de um direito fundamental um fático. Como exemplo, apresenta a gratuidade da justiça (igualdade formal/jurídica e igualdade material/ fática) “da igualdade jurídica”. [...] pobres e

Um importante exemplo de caso em que ocorreu colisão de direitos fundamentais idênticos – à liberdade de crença – em que existia de um lado positivo (o direito de ter e de praticar uma crença) e um negativo (o direito de não ter uma crença e de ser poupado da prática de uma crença), foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no ano de 1991, quando pais de estudantes ajuizaram uma ação requerendo a retirada de crucifixos das salas de aula, o que não foi deferido⁶⁰⁷.

Contra as decisões dos tribunais administrativos foi ajuizada pelos pais dos alunos e pelos próprios alunos junto ao Tribunal Constitucional a Reclamação Constitucional que foi julgada procedente, a partir do entendimento de que:

*Conflito entre diversos titulares de um direito fundamental garantido sem reserva, bem como entre esse direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, deve ser solucionado segundo o princípio da concordância prática (praktische Konkordanz), o qual determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas*⁶⁰⁸.

O Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que a colocação de cruzes em salas de aula das escolas públicas de ensino obrigatório, que não fossem escolas religiosas cristãs, seria incompatível com a liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa, prevista na Constituição Alemã⁶⁰⁹.

Sobre as colisões de direitos fundamentais diferentes, de titulares de direitos fundamentais diversos, Alexy afirma que são possíveis não só com relação aos direitos de liberdade, mas também com outros tipos de direitos fundamentais⁶¹⁰. Entretanto, assumem um maior relevo conflitos em que estão envolvidos de um lado direitos de

ricos são tratados igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para o financiamento de custas judiciais e honorários de advogado. Sob o ponto de vista da igualdade fática, porém, isso é um tratamento desigual [...]” ALEXY, Robert. *Colisão...*, p.70.

⁶⁰⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Colisão...*, p. 71.

⁶⁰⁷ Sobre o caso e análise do pedido liminar: “De acordo com o Regulamento Escolar para Escola Fundamental de Baviera (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO) “em toda sala de aula deve ser colocado um crucifixo” (Kruzifix). No ano de 1991 os pais de alguns estudantes ajuizaram uma ação contra o Estado da Baviera requerendo a retirada dos crucifixos com pedido de medida liminar. A liminar foi indeferida pelo Tribunal Administrativo que em sua fundamentação, entre outros argumentos, afirmou que a colocação de cruzes em salas de aula não violaria nem o direito dos pais de educar os filhos nem os direitos fundamentais dos filhos, e que o objetivo do Regulamento escolar não era de fazer da cruz um instrumento de ensino ou objeto da aula geral (cruz serviria tão somente a apoiar os pais junto à educação religiosa de seus filhos), o que não seria problemático do ponto de vista constitucional”. BVERFGE 93, 1 (KRUIFIX) 16/05/1995; In: SCHWAB, Jurgen (Ed.). *Cinquenta...*, p. 366-376.

⁶⁰⁸ Cfr. BVerfGE 28, 243 [260 s.]; 41, 29 [50]; 52, 223 [247, 251], 1; In: SCHWAB, Jurgen (Ed.). *Cinquenta...*, p. 374.

⁶⁰⁹ Cfr. SCHWAB, Jurgen (Ed.). *Cinquenta...*, p. 376.

⁶¹⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Colisão...*, p. 71.

liberdade (de opinião, de imprensa ou liberdade artística) e de outro lado direitos como direito à honra, à privacidade e à intimidade⁶¹¹.

Como exemplo de colisão em sentido amplo, que se dá entre direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes, Alexy cita o caso de conflito entre o direito de propriedade e as restrições impostas pela Lei de Gestão de Águas de 1976. A Corte Constitucional decidiu no sentido da compatibilidade da Lei de Gestão de Águas com a Lei Fundamental para salvaguardar uma exploração funcional da água, especialmente em atendimento ao público⁶¹².

Trata-se em verdade de uma questão de ponderação dos valores no caso concreto, em que um dos princípios terá maior peso e desta forma prevalecerá sobre o outro, ainda que reconhecido que ambos os princípios colidentes permanecem válidos.

Não se atribuindo preferência absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao contrário, a ponderação ocorre justamente para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Com efeito, os princípios todos têm igual valor no sistema jurídico, valores esses que serão sopesados quando entram em colisão, como forma de possibilitar a decisão frente a um caso concreto. Assim, diante de uma realidade concreta os princípios, até então de mesmo valor, adquiriram maior ou menor peso. A função de sopesar o princípio de maior peso cabe ao intérprete.

Por sua estrutura aberta, os princípios exigem maior atuação do intérprete, que deve aplicá-los na maior intensidade possível, pois como normas de otimização, irradiam seus efeitos e indicam o caminho para interpretação de todo o sistema jurídico.

Quando, então, princípios de mesmo valor estão em colisão, é necessário que, por meio de regras de interpretação, ocorra a ponderação de qual desses princípios devem prevalecer, com vistas a garantir a concretização dos direitos fundamentais com maior abrangência possível.

⁶¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos...**, p. 86.

⁶¹² Sobre o caso cabe relatar: O autor do processo explorava a extração de saibro, que se dava em seu terreno e por onde passavam lençóis freáticos, o que de acordo com a Lei Prussiana de Águas de 1913 era permitido mesmo em áreas de lençóis freáticos. Porém, com a entrada em vigor da nova Lei de Gestão de Águas de 1976, o pedido de autorização para o prosseguimento da extração foi negado pela autoridade competente. Diante do indeferimento da autorização, o prejudicado deduziu pretensão indenizatória e o caso foi submetido à Corte Constitucional, na qual discutiu-se a questão da compatibilidade com a Lei Fundamental e o fato de a Lei de Gestão de Águas não conceder o direito à indenização por causa da denegação da permissão do uso da água. BVerfGE 58, 300; In: SCHWAB, Jurgen (Ed.). **Cinquenta...**, pp. 755-759.

Em situações de fim de vida, normas fundamentais dispostas na qualidade de princípios estão frequentemente em colisão. Sempre estará em cheque o bem maior que é a vida, o qual, como bem refere Adamy, não é passível do não-exercício⁶¹³. Desta forma, é um direito fundamental do qual o seu titular apenas poderá, conscientemente, abrir mão, como ocorre nas situações de fim de vida que por isso geram sempre tanta polêmica.

Ao optar, por exemplo, pela suspensão de um tratamento que lhe cause desconforto e que não traga nenhuma chance de cura, faz prevalecer sua autonomia, mesmo que a decisão possa colocar em risco seu bem maior que é a vida.

Pretende-se a análise do ponto de vista jurídico, verificando as possíveis decisões frente a colisão de direitos fundamentais da pessoa, sem desconhecer a repercussão ética e mesmo as discussões filosóficas que possam advir dos exemplos em questão.

Na ponderação dos princípios em jogo, verifica-se que pelo exercício da racionalidade, a prevalência da decisão pessoal do titular dos direitos que estão em jogo se apresenta como solução, em especial porque diz respeito a esfera mais íntima, e, portanto, de menor interferência do Estado. Salienta-se que um dos parâmetros a ser adotado é a aplicação do meta-princípio da dignidade humana, que tanto pode ser vista como uma fonte direta de direitos e deveres como também função interpretativa, ou seja, informará o sentido e o alcance dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, o direito à vida apenas prevalecerá se essa prevalência conferir dignidade à pessoa. Se o esforço para a manutenção da vida implicar em situações de degradação do ser humano, de desrespeito às suas escolhas e decisões, esse direito não tem como preponderar.

A autonomia individual funciona como um elemento ético da dignidade, pressupondo o poder do titular de direitos fundamentais fazer suas escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Subtrair da pessoa essas decisões violam a sua dignidade. Sendo assim, imposições de situações contrárias a escolha da pessoa, pela

⁶¹³ O autor trata do tema quando se refere ao não-exercício impróprio que, tanto quanto a renúncia, é considerado por ele como uma escolha e assim como uma forma de exercer um direito fundamental seu, ligado às liberdades. Ou seja, a pessoa, ao não exercer todas as potencialidades e possibilidades que um determinado direito lhe confere, está exercendo outra faceta desse mesmo direito, agora ligado ao também direito fundamental de liberdade.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia...**, pp. 43-44.

simples confrontação, estariam em verdade infringindo direito fundamental seu e não o protegendo.

Os diferentes pesos que um princípio adquire, a serem dimensionados no caso concreto, exigem uma decisão racional. Ou seja, quando princípios colidem, um deles deve se sobrepor, salientando-se que a interpretação deve ocorrer de forma que prevaleça aquele que possa tornar executáveis os direitos fundamentais da pessoa da maior forma possível.

Barroso refere que o princípio da proporcionalidade é um importante instrumento para a ponderação de valores contrapostos, no que inclui as colisões de direitos fundamentais e destes com interesses coletivos. Para o autor, proporcionalidade e racionalidade abrigam os mesmos valores, a saber: racionalidade; justiça; medida adequada; senso comum e rejeição a atos arbitrários⁶¹⁴. Embora de origem diversas, ambos os princípios são instrumentos eficientes para o exercício da ponderação, quando direitos fundamentais estejam em colisão⁶¹⁵.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe a ponderação entre o ônus imposto e o benefício advindo, para fins de analisar a legitimidade ou não de uma determinada ação.

Salienta-se que, em matéria de cuidados de saúde, o mesmo raciocínio é aplicado para fins de tomada de decisão, conforme analisado no primeiro capítulo dessa tese. A relação médico-paciente exige interação e a escolha dos procedimentos de cuidados de saúde deve considerar a decisão do paciente, que, para isso, terá direito a informações e esclarecimentos, de forma a exercer dentro de sua autonomia pessoal a ponderação de riscos e benefícios.

Da mesma forma, na ponderação de direitos fundamentais em colisão, a regra da proporcionalidade implica na análise do que se perde e do que se ganha, como exercício de interpretação. Nesse sentido, avaliando a preponderância da dignidade da pessoa, acolher sua decisão pessoal e possibilitar situação de vida sem sofrimento desnecessário, assim como verificando que o resultado final não tem como ser alterado,

⁶¹⁴ *Cfr.* BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, p. 292 e ss.

⁶¹⁵ Leciona Barroso: “O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. [...] Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa”. Analisando os pontos em comum, mesmo reconhecendo a existência de teorias que não consideram os princípios como sinônimos, conclui o autor: “razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**, p. 290.

conduz ao acolhimento da preponderância do direito à liberdade de escolha frente ao direito à vida, aqui compreendida como manutenção da vida corpórea.

De acordo com o que foi analisado, podemos dizer que o maior parâmetro para a análise de prevalência de um ou outro direito, quando a colisão ocorre dentre os direitos fundamentais, é a consideração do princípio com maior possibilidade de concretizar o meta-princípio da dignidade da pessoa humana, que funciona como um excelente parâmetro para avaliar, no caso concreto, a preponderância de um ou outro valor.

3.4 Princípios concretizadores da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o ponto de partida para o estabelecimento dos direitos fundamentais, consubstanciados nas modernas constituições democráticas. O conteúdo da dignidade se concretizará com o reconhecimento e proteção desses direitos identificados como fundamentais para toda a pessoa humana.

Morais reconhece como princípios fundamentais concretizadores da dignidade a igualdade, a liberdade, a integridade física e moral, e a solidariedade⁶¹⁶.

Tem-se aqui, pois, os direitos fundamentais reconhecidos como direitos básicos de toda pessoa humana⁶¹⁷. Nesses direitos básicos é possível verificar as diversas gerações de direitos fundamentais identificadas ao longo da história de que se falou anteriormente.

A igualdade é aquela decorrente da dignidade inerente em todos os seres humanos, que, por isso, gozam dos mesmos direitos que lhe são atribuídos nessa condição. Impõe que todo o ser humano seja reconhecido como um ser digno e livre, liberdade essa na mais ampla acepção da palavra, que congrega desde a possibilidade de ir e vir, passa pela liberdade de pensamento e expressão e também da liberdade de ação.

Sem dúvidas, o reconhecimento de uma igualdade formal é importante na medida em que expõe o princípio e direciona para a efetivação dessa igualdade em termos

⁶¹⁶ Refere a autora: “De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito...*, p. 120.

⁶¹⁷ Nota-se que esses direitos representam o ideal pelo qual se lutou na Revolução Francesa, que permanece, de certa forma, como um ideal a ser concretizado, considerando a sua relevância e a necessidade de constante atenção para que isso ocorra.

materiais. Avança-se, porém, com o reconhecimento da necessidade de sua efetivação por medidas prestacionais por parte do Estado, e não de mera abstenção.

Marques e Miragem identificam que, enquanto o direito à liberdade se origina da própria sociedade, a igualdade tem sua positivação oriunda do direito público, como um ideal apresentado pelos direitos fundamentais, tendo como vetor, em especial, o princípio da dignidade humana⁶¹⁸. É um princípio que deve estar presente também na esfera privada, embora para realizar essa igualdade, como expressão de justiça, “*o direito privado necessita de um pouco do imperium ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas e da força igualizadora dos direitos humanos*”⁶¹⁹.

Trata-se de um princípio de difícil concretização, pois ao mesmo tempo em que reconhece que todos têm direitos iguais, exige respeito pelas diferenças. Sobre essa igualdade relativa, Sarmento, utilizando como referência a literatura⁶²⁰ refere que: “*numa sociedade em que, tal como na fazenda dos bichos de George Orwell, «todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros», proteger os «menos» iguais dos «mais» iguais tornou-se uma das principais missões dos direitos fundamentais*”⁶²¹.

Sob esta perspectiva, Mendes considera que a relação privada, onde há uma relativa igualdade de condições, é mais complexa e exige um juízo de ponderação entre os valores envolvidos para se alcançar uma harmonização entre eles no caso concreto. De acordo com o autor, para que não haja a submissão de um sobre o outro deve-se ter como meta a compatibilização entre o direito fundamental e a autonomia privada em jogo⁶²².

Como bem refere Moraes, o princípio está posto para evitar desigualdades e não diferenças⁶²³. Trata-se de importante princípio com vistas a concretude do princípio da

⁶¹⁸ Cfr. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito...**, p. 128.

⁶¹⁹ Cfr. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito...**, p. 127.

⁶²⁰ O autor utiliza-se do livro «A revolução dos bichos», no original: *Animal Farm*, escrita em plena Segunda Guerra Mundial e publicada em 1945 pelo escritor inglês Eric Arthur Blair, cujo pseudônimo era George Orwell. O livro narra a saga dos animais da Granja do Solar, que se rebelam contra seus donos e tomam posse da fazenda onde vivem. O objetivo dos bichos é instituir um sistema cooperativo e igualitário. Mas não demora muito para que alguns “companheiros” - os porcos - voltem a usufruir de privilégios, reconstituindo aos poucos um regime de opressão, agora inspirado no lema “Todos os bichos são iguais, mas alguns bichos são mais que os outros”.

Nesse sentido ver: ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1962.

⁶²¹ Cfr. SARMENTO, Daniel. **Direitos...**, p. 185.

⁶²² Cfr. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de...**, p. 177.

⁶²³ Discorre a autora: “O vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros de diversas culturas minoritárias - este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais como o “cidadão”, conceito abstrato,

dignidade. Somente as desigualdades que confirmam características próprias e que decorram da liberdade de se constituir como indivíduo são asseguradas. O princípio da igualdade se opõe àquele que inferioriza a pessoa, que a degrada e que, portanto, a atinge na sua dignidade.

A tendência atual é, sem dúvida, a de valorizar a diferença, compreendida como diversidade, inclusive podendo se falar em um direito à diferença, em que todos são iguais em dignidade e direitos, podendo exercer essas suas diferenças próprias, de forma que se passa a exigir uma maior proteção aos vulneráveis, igualando as possíveis diferenças⁶²⁴.

O direito à vida compõe, junto com a igualdade e liberdade, os direitos maiores sem os quais não há dignidade da pessoa. Naturalmente que, nesse triângulo, o direito à vida ganha relevância, pois é condição para a concessão dos demais. Somente frente à vida da pessoa podemos falar em liberdade e igualdade.

O direito à vida compreende, porém, um direito à vida digna, englobando assim a integridade tanto física quanto moral. Moraes identifica como sendo o direito a integridade psicofísica, que para além de vedações, inclusive de matriz constitucional, como a vedação a tortura, se reflete em vários outros direitos de personalidade, e mesmo a um direito amplo à saúde que contemple o bem-estar físico, social e psicológico da pessoa.

historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos. Neste particular, os Estados da Europa, também por força dos resquícios colonialistas, deparam-se com os dilemas postos pelas atuais e complexas dimensões conferidas ao direito à igualdade. De fato, a presença, em um mesmo território, de uma pluralidade de cultura, como corre tanto na Europa como nos Estados Unidos – situação a que também nós estamos acostumados – tem se constituído, nos nossos dias, como um grande desafio à regulamentação ética e jurídica, na medida em que evidencia diferenças, seja no plano das concepções de vida (concepções culturais, filosóficas, religiosas), seja no plano dos comportamentos (usos, costume, tradições), que põem em xeque a suficiência do princípio da igualdade, tanto formal como substancial. Considera-se modernamente que ao princípio da igualdade deve ser integrado o princípio da diversidade, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura. A identidade da cultura de origem é um valor que deve ser reconhecido, e o respeito da identidade e da diferença cultural encontra-se na base do próprio princípio da igualdade, que justamente o funda e o sustenta. O paradoxo é aparente. Cabe distinguir igualdade como estado de fato e igualdade como regra ou princípio. A diferença, é o contrário da igualdade como estado de fato (se duas coisas são diferentes é porque não são iguais); todavia, quanto à igualdade como princípio, seu oposto não é a diferença, mas a desigualdade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito..., pp. 124-125.

⁶²⁴ Referem Marques e Miragem: “[...] a própria ideia da proteção dos mais fracos e os reflexos do princípio da igualdade no direito privado atual é dupla. Não mais apenas formal e substancial é esta igualdade, mas é igualdade proteção e igualdade combate à discriminação, ao mesmo tempo, em que um paradigma supere ou afaste o outro, a revelar que a complexidade das relações privadas atuais necessita sim uma proteção dos vulneráveis que respeite suas diferenças, mas permita sua opção e liberdade de ação”. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito...**, pp. 183-184.

Por fim, cabe ressaltar o princípio da liberdade que, ao lado dos demais, é uma das condições para a garantia da dignidade humana. A possibilidade da pessoa de fazer suas próprias escolhas é, sem dúvida, o que a diferencia. É a liberdade, e dentro dela o reconhecimento de um direito geral de liberdade, que a permite fazer ou deixar de fazer o que quiser, nas decisões que digam respeito a sua esfera mais íntima, que identifica a pessoa como uma pessoa humana. O reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade confere à pessoa a possibilidade de se descobrir e se construir, ingredientes que agregam o qualificativo humano ao ser.

Esses direitos fundamentais básicos compõem a matriz dos direitos fundamentais, pois deles decorrem inúmeros outros direitos, individuais ou sociais, sempre direcionados para a efetivação da dignidade da pessoa.

Os direitos fundamentais vinculados diretamente ao valor dignidade são representados, na sua maioria, por princípios, de forma que também seu conteúdo possui a característica de ser aberto e permeável.

Nesses termos, pode-se dizer que as mesmas considerações feitas ao princípio da dignidade humana, nas suas várias dimensões, aplicam-se na análise desses princípios, de forma que o seu conteúdo se adaptará ao tempo e lugar.

Para tal intento, outros tantos direitos fundamentais têm vinculação imediata, destacando-se o direito à vida e à integridade física, como pressuposto necessário a permitir esse desenvolvimento.

Passa-se, pois, à análise dos direitos diretamente vinculados a esse conceito de dignidade da pessoa, de interesse nessa tese, quais sejam, o direito à vida, que compreende também o direito à integridade física e o direito de liberdade, na sua ampla acepção, e de forma mais específica o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

3.4.1 Direito à vida e à integridade física

O direito à vida é o primeiro dos direitos que emergem sempre que se fala em direitos fundamentais do homem. Trata-se de um dos mais importantes direitos, pois somente a partir da vida é possível exercer os demais direitos.

A vida, considerada como direito à existência, é o bem de maior valia, portanto é pré-requisito para o exercício de todo o potencial do ser humano, dotado de razão e de

consciência. Toda e qualquer vida humana é potencialmente uma vida de interação e raciocínio, ainda que nem sempre se concretize⁶²⁵. A capacidade humana, contudo, é sem dúvida um diferencial que faz com que toda a vida, ou potencial vida humana, seja reverenciada.

Ao ser erigida a condição de direito fundamental, o direito à vida pressupõe a sua inviolabilidade⁶²⁶. Tem assim estreita ligação com o direito à integridade física, que diz com a proteção a atos invasivos e degradantes do corpo humano.

O conteúdo desses direitos é difícil de ser estabelecido, dirigindo-se, em regra, para a manutenção da vida corpórea.

Na esfera dos direitos privados, embora doutrinariamente reconhecido dentre os direitos de personalidade, o direito à vida não é disciplinado expressamente⁶²⁷. Para Cordeiro, esse direito *“assegura a preservação das funções vitais do organismo biológico humano”*, afastando dessa proteção violações que ocorram em círculos morais ou sociais⁶²⁸. A proteção conferida pelo direito à vida, pois, estaria restrita ao círculo biológico.

O direito à integridade física, por sua vez, dirige-se à proteção do mesmo bem, porém quando não em risco a própria vida⁶²⁹. Cordeiro leciona que o direito à

⁶²⁵ Cabe referir, porém, que quando tratamos da inviolabilidade da vida humana, considera-se toda e qualquer vida. Assim, deficiências de natureza intelectual não podem ser adotadas como critérios de exclusão, mas, ao contrário, exigem maior proteção.

Nesse sentido, como já referido, ver SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões..., p. 30.

⁶²⁶ CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...] CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA - Artigo 24º Direito à vida 1. A vida humana é inviolável. CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA - Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral [...]

⁶²⁷ Refere Menezes Cordeiro: “O direito à vida pertencia à melhor tradição do Visconde de Seabra. Surpreendentemente, ele não obteve consagração expressa no Código Civil. Não haverá, todavia, dificuldade em derivá-lo do art. 24º da Constituição, sendo ainda de sublinhar a sua consagração penal e a evidência comunitária. E a própria lei civil, ao referir no art. 70º, I, a proteção concedida por lei, aos indivíduos, “[...] contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física [...]” garante, por certo e em termos civis, o direito à vida”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p. 157.

⁶²⁸ Refere o autor: “Assim, um atentado à integridade desse organismo ou qualquer outro esquema que provoque sofrimento físico, mas que não ponha em causa imediata a sobrevivência, atingirá outros direitos de personalidade: não o direito à vida. Também os círculos moral e social do ser humano ficam fora do concreto âmbito deste direito”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p.158.

⁶²⁹ Pontes de Miranda faz referência de que o direito à integridade física estaria mesmo à frente e mais avançado do que o direito à vida. Diz o autor: “Pode ofender-se a esse, antes de se ofender àquele e ainda que a ofensa não seja de natureza a se poder tornar ofensa ao direito à vida. Não consiste somente na incolumidade anatômica; há o direito à integridade física se se trata de direito a não ser contagiado [...]; há o direito à integridade física, se se trata de direito a não ser envenenado, ainda sem risco de vida; há o direito à integridade física se só se trata de dano ao movimento, ou ao funcionamento normal de certo órgão”.

integridade física *“assegura a proteção do ser biológico e das suas diversas funções, nos casos em que não esteja em causa a sua imediata sobrevivência – hipótese em que cairíamos no direito à vida”*⁶³⁰. Assim, são direitos que protegem o mesmo bem, mas em circunstâncias diversas, complementando-se.

É em decorrência do direito à integridade física que se proíbem a tortura e as penas degradantes. Ou seja, preocupa-se com a manutenção de uma vida com dignidade. De nada adiantaria a garantia do direito à vida, com proteção ao elemento corpo, sem a também garantia de integridade desse corpo.

A aplicação sobre situações concretas ressalta o fato de que esse direito é fundamento utilizado em prol da manutenção de vida humana, assim considerada a existência em um corpo, sem maiores indagações com relação às capacidades específicas do ser humano. É nesse sentido, por exemplo, as discussões travadas em torno da natureza jurídica do embrião e do próprio conceito de morte, para ficarmos com exemplos dos pontos extremos dessa vida.

Defensores mais veementes do direito à vida utilizam esse argumento em defesa de toda forma de existência ou possibilidade de existência de vida humana, do que se constata que a importância é conferida à manutenção do funcionamento do corpo biológico, a despeito da manutenção de outras capacidades, como funções mentais e de comunicação.

A sofisticação atual, alcançada pela ciência, introduz novos elementos. Em determinadas circunstâncias fica patente que a situação não pode ser vista com a simplicidade de manter ou não manter a vida.

A análise dos casos realizada no primeiro capítulo dessa tese confere uma ideia dos problemas atuais gerados pela ciência. É possível a manutenção por tempo indefinido de funções vitais como batimentos cardíacos, respiração, funcionamento de órgãos internos, de pessoas em estados vegetativos, ou seja, sem nenhuma interação com o mundo exterior. Algumas dessas atividades permanecem por vezes sem auxílio de máquinas, outras exigem auxílio de sofisticados equipamentos, a demonstrar o quão artificial pode ser a manutenção dessa vida.

Na sequência de sua análise, contudo, reconhece que o direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica sempre que estiverem em causa dois direitos, a um dos quais deve atender. Exemplifica com a mutilação cirúrgica, em caso de necessidade. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de...**, p. 19 e 23.

⁶³⁰ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., p. 166.

A manutenção é apenas do corpo físico que não exerce nenhuma outra atividade externa. Mantém-se, contudo, uma pessoa ligada a aparelhos com o intuito de manter sua vida, despida de qualquer qualidade que se possa esperar da vida humana.

Então, a que efetivamente corresponde o direito à vida? Seria apenas o direito a uma existência corpórea? Não são poucos os debates em que o fundamento invocado é o direito à vida, deixando clara a sua importância, mas também o fato de que é um conceito aberto e sua extensão depende da circunstância.

Vinculada, porém, ao princípio da dignidade da pessoa humana, impõe também a procura de uma vida com qualidade⁶³¹. Assim, além da existência corpórea que o direito fundamental à vida garante, exige-se também uma vida com qualidade, em decorrência da dignidade que é conferida a todo e qualquer ser humano.

Nos atuais sistemas democráticos discute-se a importância de se assegurar o mínimo de condições materiais para possibilitar uma vida digna e feliz à pessoa. Miranda, ao tratar das projeções da dignidade da pessoa humana, reconhece que “*a dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material*”⁶³².

Ressalta-se a importância do reconhecimento dos direitos fundamentais sociais. Não é possível se pensar em uma vida destituída de condições mínimas para a sua existência. Esse reconhecimento impõe obrigações positivas por parte do Estado. Trata-se de direitos prestacionais que irão conferir condições dignas de vida ao ser humano.

Embora se refiram a questões materiais, são extremamente relevantes, pois mesmo direitos individuais que qualificam a vida como o exercício das liberdades e da autonomia pessoal, apenas podem ser pensados se a pessoa detiver condições mínimas de sobrevivência.

De toda sorte, como já prelecionava Pontes de Miranda, o direito à existência digna, que envolve o direito a um mínimo existencial, não é o mesmo bem que está em jogo quando se fala em direito à vida⁶³³.

A qualidade de vida exige mais. É a soma de condições materiais e pessoais, mas vincula-se a personalidade desenvolvida pela pessoa, que se compõe pelas suas crenças

⁶³¹ Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 15.

⁶³² Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV..., p. 199.

⁶³³ Refere o autor: “O direito à vida é inconfundível com o direito à comida, às vestes, a remédios, à casa, que se tem de organizar na ordem política e depende do grau de evolução do sistema jurídico constitucional ou administrativo. Sem razão, pensa-se em pô-lo, a esse, entre os direitos de personalidade. O direito à existência dirige-se a alguém, é relativo, nunca absoluto”.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo 7..., p. 16.

e valores, vontades e desejos, criando um todo que permite identificar o que a pessoa considera ou não importante. A valoração desses itens é que permite constatar a qualidade ou não da vida.

Qualidade de vida consiste na percepção que o indivíduo possui de sua posição na vida, considerando seu sistema de valores e seus sentimentos relacionados com suas atividades diárias, laborais, sociais, afetivas, etc. Essa concepção apoia-se na compreensão das necessidades humanas fundamentais, materiais e espirituais, e tem no conceito de promoção de saúde um dos seus focos mais relevantes.

Não se aceita mais o conceito limitado de saúde como sendo o de «não estar doente». Hoje, o conceito de saúde é mais amplo e abrange o «bem-estar» e a «qualidade de vida»⁶³⁴. A Organização Mundial da Saúde apresenta um conceito de saúde que compreende um estado de bem-estar físico, mental e social.

Define, por sua vez, qualidade de vida como uma percepção individual da posição na vida, no contexto dos sistemas de cultura e de valor em que vive, e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações. Desta forma, a percepção pode variar, sendo afetada não só pela saúde física, mas também pelo estado psicológico, nível de independência, relações sociais, crenças pessoais e relações com o ambiente⁶³⁵.

⁶³⁴ Nesse sentido, estudo realizado na França, propõe que indicadores sociais, como bem-estar e qualidade de vida, integrem o cálculo das riquezas das nações.

Cfr. HEYMANN Gisela. Felicidade também é riqueza. **Planeta sustentável**. Disponível em: <<http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/comissao-stiglitz-sen-fitoussi-sarkozy-novo-pib-499171.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁶³⁵ The Constitution of the World Health Organization (WHO) defines health as “A state of complete physical, mental, and social well-being not merely the absence of disease.” It follows that the measurement of health and the effects of health care must include not only an indication of changes in the frequency and severity of diseases but also an estimation of well being and this can be assessed by measuring the improvement in the quality of life related to health care. [...] WHO defines Quality of Life as individuals perception of their position in life in the context of the culture and value systems in which they live and in relation to their goals, expectations, standards and concerns. It is a broad ranging concept affected in a complex way by the person's physical health, psychological state, level of independence, social relationships, personal beliefs and their relationship to salient features of their environment. **Measuring Quality of Life: The World Health Organization Quality of Life Instruments** -(The Whoqol-100 And The Whoqol-Bref). (Livre tradução: “A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não meramente a ausência de doença [...]”. Segue-se que a medida e os efeitos dos cuidados da saúde devem incluir não só uma indicação de mudanças na frequência e severidade das doenças, mas também uma estimativa do bem-estar, e isto pode ser avaliado medindo a melhoria da qualidade de vida relacionada aos cuidados de saúde. [...] A OMS define qualidade de vida como a percepção individual de sua posição na vida e no contexto cultural e no sistema de valores nos quais vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações. É um contexto amplo que é afetado de forma complexa pela saúde física da pessoa, estado psicológico, nível de independência, relações sociais, crenças pessoais e suas relações marcantes com características de seu ambiente”. Medição da Qualidade de Vida – Instrumentos de Qualidade de Vida da Organização Mundial da Saúde”). WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHOQOL: measuring quality of life**. 1997. Disponível em <www.who.int/mental_health/media/68.pdf>. Acesso em: 09 out. 2015.

Considerando que qualidade de vida é uma percepção individual, varia de pessoa para pessoa e pode ser reconhecida mesmo na doença. Assim, mesmo em casos de doenças graves e terminais, não implicam em necessária percepção da ausência de qualidade de vida.

A possibilidade de participação na tomada de decisão sobre cuidados de saúde ou a prestação de cuidados essenciais são exemplos de situações que podem conferir a pessoa uma percepção de um final de vida com qualidade. A atenção e a consideração dispensadas para a pessoa ganham relevância em situações limites.

Trabalha nesse sentido a filosofia dos cuidados paliativos, quais sejam, cuidados essenciais que devem ser dispensados a pessoa em situação final de vida, de que se tratou mais especificamente no capítulo segundo dessa tese.

A OMS criou instrumentos para aferição da qualidade de vida, tanto de jovens adultos (WHOQOL-BREF) como de pessoas mais velhas (WHOQOL-OLD), compreendendo vários domínios⁶³⁶, no que cabe destacar o importante papel que o nível de independência e autonomia exerce para essa percepção. O direito à vida remete para uma vida com qualidade, na qual a autonomia pessoal exerce papel primordial.

Otero detecta um antagonismo nas posições acima referidas. Identifica concepções defensoras da «santidade da vida» e concepções com base na «qualidade da vida», que refere ser *“um confronto entre uma postura «pro life» ou uma postura antes orientada num sentido «pro choice»”*⁶³⁷.

⁶³⁶ “O Instrumento WHOQOL-BREF é a versão abreviada do WHOQOL-100, que avalia a qualidade de vida do adulto jovem. Sua estrutura compreende quatro domínios: Físico (o paciente avalia dor, desconforto, fadiga, sono, mobilidade, dependência de medicamentos e capacidade para o trabalho); Psicológico (sentimentos positivos e negativos, pensar, aprender, autoestima, imagem corporal, espiritualidade); Relações Sociais (relações pessoais, apoio social e atividade sexual); e Meio Ambiente (segurança física, ambiente físico, recursos financeiros, cuidados de saúde, informação, recreação e lazer e transporte); além de um escore global.

O Instrumento WHOQOL-OLD foi desenvolvido para avaliar a qualidade de vida em pessoas mais velhas. Sua estrutura compreende seis domínios: “Funcionamento do Sensório (o paciente avalia o impacto da perda do funcionamento dos sentidos em sua qualidade de vida diária, o quanto a perda deles interfere na participação em atividades e na habilidade de interagir); Autonomia (avalia sua independência, a capacidade e liberdade de viver de modo autônomo e de tomar suas próprias decisões); Atividades Passadas, Presentes e Futuras (satisfação com realizações na vida e com objetivos a serem alcançados); Participação Social (participação em atividades da vida diária especialmente na comunidade); Morte e Morrer (Preocupações e medos sobre a morte e o morrer) e Intimidade (ser capaz de ter relacionamentos íntimos e pessoais), além de um escore total”.

WITTMANN-VIEIRA, Rosmari; GOLDIM, José Roberto. Bioética...

⁶³⁷ OTERO, Paulo. **Direito da vida**: relatório sobre o programa conteúdos e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2004. p. 22.

No centro do debate está a questão que se tem buscado resposta nessa análise: pode a pessoa humana dispor da própria vida? A resposta pode ser diferente dependendo da concepção que se adote.

Neves e Osswald, ao analisarem dispositivos legais portugueses, penais e constitucionais, concluem que o encaminhamento é pela inviolabilidade da vida humana⁶³⁸.

A postura antagônica, contudo, apenas encontra razão no entendimento de santidade da vida se for interpretada como referente à manutenção do corpo biológico e não da vida na sua concepção ampla. Arendt já identificava essa ligação da santidade da vida com a ideia de vida terrena, atribuindo essa busca da imortalidade à conceitos religiosos que direcionam a visão do mundo⁶³⁹.

Dworkin, ao trabalhar com a ideia do sagrado, refere que uma vida humana pode ser considerada valiosa de forma subjetiva, instrumental ou intrínseca. Na esfera subjetiva, o valor tratado é o pessoal. A forma instrumental diz com o valor da vida avaliada em termos do que serve aos interesses dos outros. Por fim, intrinsecamente valiosa quando considerada como algo que deve ser respeitado, reverenciado e protegido, por ser maravilhoso em si mesmo, a despeito do valor pessoal que possa ou não ser reconhecido⁶⁴⁰. Sustenta que a maioria reconhece esse valor intrínseco da vida humana, mas ainda assim é possível divergências sobre questões, tais como aborto, suicídio e eutanásia em decorrência das diferentes maneiras pelas quais é interpretada

⁶³⁸ “Baseados no princípio da autonomia, respondem alguns pela positiva; outros, porém, sustentam que a vida sendo um dom, para o qual o próprio não contribuiu, está fora dos bens disponíveis autonomamente. Assim entende o legislador, pois o Código Penal exclui da alçada da autonomia os “bens não dispensáveis”. Outros acrescentam que se trata não apenas de um dom, mas de uma dádiva divina, pelo que a vida assume carácter sagrado e inalienável. A Constituição da República Portuguesa alinha neste sentido, ao declarar (art. 25º) que ‘a vida humana é inviolável’”. NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética...**, p. 200.

⁶³⁹ Refere a autora: “[...] essa imortalidade cristã atribuída à pessoa que, em sua unicidade, começa a vida na Terra através do nascimento, resultou não somente no mais óbvio aumento da além-mundania, mas também em um enorme aumento da importância da vida na Terra. [...] talvez resida aí o motivo para o fato indubitável de que, somente quando a imortalidade da vida individual passou a ser o credo central da humanidade ocidental, isto é, somente com o surgimento do cristianismo, a vida na Terra passou também a ser o bem supremo do homem. [...] A ênfase cristã na sacralidade da vida tendeu a nivelar as antigas distinções e articulações no interior da *vita activa*; tendeu a ver o trabalho, a obra e a ação como igualmente sujeitos à necessidade da vida presente”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed., rev. Rio de Janeiro: Universitária, 2010. pp. 394-395.

⁶⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio...**, pp. 101-102.

essa valoração. Conclui, contudo, que *“o que compartilhamos é mais fundamental do que nossas divergências sobre sua melhor interpretação”*⁶⁴¹.

De acordo com o autor, tanto as posições direcionadas em favor da vida como aquelas que privilegiam as escolhas, tem seu fundamento justamente no reconhecimento de que a vida humana deve ser reverenciada e protegida. Mesmo em questões mais polêmicas, como é o caso das questões de fim de vida, as posições que enaltecem a autonomia pessoal, reconhecendo a possibilidade de escolha de tratamentos que quer ou não se submeter no final de sua vida, decorrem do reconhecimento de que toda a vida humana deve ser envolta em dignidade. Assim, as posições pró escolha não se direcionam contra a proteção da vida, apenas que reconhecem nesse conceito a ideia de vida com dignidade vinculada ao exercício da autonomia pessoal.

Como bem refere Pessini: *“não deveríamos contrapor a expressão qualidade de vida à expressão sacralidade da vida”*⁶⁴². Defender a qualidade de vida não implica em contrapor-se ao direito à vida, mas pretende que o valor dignidade esteja presente também nos momentos finais da existência.

Nessa esfera íntima da pessoa, não há como indicar um único caminho, uma única verdade. A grandeza da construção da vida humana sobre a terra é atribuída exatamente em razão da diversidade, da convivência de personalidades distintas, do compartilhamento de determinados valores, que podem se alterar de grupo para grupo e de pessoa para pessoa. A grandeza da vida humana está vinculada a sua capacidade de abstração, no seu desenvolvimento mental, na sua busca por novos conhecimentos, na sua capacidade de desenvolvimento pessoal e na capacidade de interação social. No intercâmbio de suas ideias pessoais com o meio, de forma que essas ideias podem alterar o meio ou as vivências sociais podem alterar suas ideias.

⁶⁴¹ “Afirmando não apenas que a maioria de nós acredita que a vida humana tem valor intrínseco, mas também que isso explica por que divergimos tão profundamente sobre o aborto. Como isso é possível? [...] A resposta, acredito, é que interpretamos a ideia de que a vida humana é intrinsecamente valiosa de diferentes maneiras, e que os diferentes impulsos e convicções expressos nessas interpretações antagônicas são muito poderosos e veementes. [...] Pessoas diferentes, com convicções profundamente diferentes sobre uma vasta gama de questões religiosas e filosóficas, dão respostas diferentes a essas perguntas, e essas respostas diferentes condizem com as principais divergências de opinião sobre o aborto”. DWORKIN, Ronald. **Domínio...**, pp. 97-99.

⁶⁴² Complementa o autor: “Defender a qualidade de vida não significa defender diretamente a eutanásia ativa, mas cuidar que o processo de morte tenha qualidade assistencial e humana, comunicação e empatia, com a dor tratada e o sofrimento cuidado em todas as suas dimensões”. PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2004. p. 289.

Ou seja, somente o homem, dentre os seres vivos, é o que tem potencialidade para tanto desenvolvimento.

O desenvolvimento pessoal conduzirá para a adoção das convicções pessoais, que podem estar em sintonia ou não com os demais indivíduos que compõem a esfera social. Daí porque a importância do pluralismo que se prega nos Estados democráticos modernos, criando um espaço de respeito ao outro, mas de pleno desenvolvimento pessoal.

Partindo dessa ideia de pluralismo, a medida para o reconhecimento da dignidade de cada um somente está na própria pessoa. Daí porque a importância de reconhecimento da autonomia pessoal.

Ao lado do direito à vida, a integridade física é valor fundamental do ser humano. A sua proteção confere segurança à pessoa para o seu livre desenvolvimento.

Também nessa esfera houve o alargamento das situações de proteção, afinando-se com questões de qualidade de vida, de forma que a proteção se dirige não apenas contra agressões físicas pessoais, mas também para agressões ao ambiente em que a pessoa se insere e que possam lhe afetar⁶⁴³.

A Constituição portuguesa, ao tratar do direito à integridade pessoal, protege tanto a física como a moral, qualificando-a como inviolável, a exemplo do direito à vida⁶⁴⁴. Para a proteção do direito reconhecido, também constitucionalmente, proíbe tortura, maus tratos ou penas cruéis⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Cordeiro reconhece que “A integridade física pode ser diretamente atingida através de atuações que visem a própria pessoa enquanto unidade biológica ou indiretamente mediante atuações que venham bulir com aspetos circundantes ou ambientais. [...] Tal como já constatávamos quando da ponderação histórica acima realizada, o círculo de bens e valores a abranger pela proteção tem vindo a aumentar. Inicialmente, a integridade física era apenas posta em causa por agressões pessoais físicas; hoje fica claro que ela é questionada pelo ruído, pela trepidação, pelos cheiros e pela degradação do ambiente”.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado Direito Civil**. v. 4..., pp. 166 e 169.

⁶⁴⁴ Art. 25º Direito à integridade pessoal. 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes e desumanos.

⁶⁴⁵ “O legislador constitucional tutela a integridade proscrevendo a tortura e os tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25º, nº 2). Trata-se de nítida manifestação do princípio político-criminal da humanidade, de que as proibições das penas de morte (art. 24º, nº 2) e de prisão perpétua (artigo 30º, nº 1) e da extradição por crimes puníveis com a morte (artigo 33º, nº 3) também constituem corolários. Por outro lado, a Constituição decreta a indenidade do direito à integridade na hipótese de declaração de estado de sítio ou de emergência (artigo 19º, nº 6). No relacionamento intersubjectivo, a tutela da integridade física é assegurada constitucionalmente pela legitimação do *ius puniendi*. A Constituição apadrinha a existência do direito penal através dos artigos 24º a 33º, 168º, nº 1, alínea c), e 211º, nº 4. A repressão penal corresponde ainda a uma prestação a que o Estado se obriga, pelo contrato social, com contrapartida da renúncia, pelos cidadãos, à vindicta privada. Por razões de congruência e proporcionalidade – em homenagem à igualdade em última instância – os mais graves atentados contra a integridade são alvo de incriminações obrigatórias: de incriminações cuja persistência no nosso horizonte de acontecimentos é tão durável como o do próprio direito penal”. PEREIRA, Rui Carlos. Os crimes contra

A Constituição brasileira, por sua vez, apenas é expressa ao assegurar a integridade física e moral dos presos. Contudo, estabelece a proibição da tortura e de penas cruéis e degradantes⁶⁴⁶. Desta forma, na leitura conjunta dos direitos fundamentais brasileiros e reconhecendo o regime geral que recepciona outros direitos, assim como analisando a legislação infraconstitucional civil e penal, pode-se afirmar que o direito à integridade física e moral da pessoa humana estará assegurado, até porque é decorrência lógica do princípio da dignidade e condição necessária para o exercício da liberdade e de seu desenvolvimento pessoal.

No âmbito desta tese, o interesse é direcionado para questões relativas a integridade física e, dentre essa, mais especificamente no que diz respeito a intervenções médicas.

Nesse espaço de atuação, não raro, os procedimentos necessários são invasivos, atentando contra a integridade física do paciente. Nessa seara, o consentimento informado ganhará relevância, sendo a justificativa para a realização das intervenções médicas que se fizerem necessárias.

O Código português é expresso ao referir o consentimento como excludente da ilicitude, quando se tratar de bem disponível. E, em seu art. 149, faz referência expressa à disponibilidade da integridade física por meio do consentimento.

O Código Penal brasileiro não faz referência expressa a exclusão da ilicitude e/ou da punibilidade pelo consentimento da vítima. Contudo, em caso de intervenções médicas consentidas, mesmo nos quais a pessoa venha a perder uma função vital, se prevista e consentida, não gera responsabilidade médica.

Salienta-se que, em prol da sobrevivência e quando se tratar de questões de emergência, reconhece-se a possibilidade do médico intervir, independente da manifestação da vontade do paciente. Tão pouco há atentado à vida, mesmo quando o resultado é insatisfatório. Tais circunstâncias fazem parte da atividade médica e, até por uma questão lógica, não há como se exigir que o médico aguarde a manifestação do

a integridade física na revisão do Código Penal". In: PALMA, Maria Fernanda; BELEZA, Teresa Pizarro (Org.). **Jornadas sobre a revisão do Código Penal**. Lisboa: Associação Acadêmica, Faculdade de Direito, 1998. p. 184.

⁶⁴⁶ Art. 5º - [...] - III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

paciente ou de seu responsável quando isso possa colocar em jogo a própria vida desse paciente. O bem maior vida, pois, prevalece.

Ao tratar do direito a integridade física, fica evidente que é um direito fundamental protegido contra intervenções indevidas do próprio Estado ou de terceiro, mas que comporta valorações e até renúncia por parte da pessoa titular desse direito, ainda que limites legais sejam estabelecidos, mediante restrições que não atinjam seu núcleo essencial.

É o exemplo das várias questões de fim de vida das quais se tem tratado, cada vez mais complexas e envolvendo dados diversos, que são consideradas dentro de concepções pessoais e como tal por vezes divergentes.

Do aqui exposto, pode-se dizer que os direitos à vida e à integridade física, pois, dizem respeito ao direito de uma existência corpórea, com pleno desenvolvimento psicológico, não se limitando a manutenção do corpo físico da pessoa, muito embora se reconheça que o desenvolvimento espiritual somente ocorrerá durante período de existência corpórea do homem.

A interpretação do direito à vida que se pretende proteger deve estar em consonância com todo o desenvolvimento humano e não apenas com sua constituição biológica. A definição de qualidade de vida como uma percepção individual demonstra que o parâmetro da qualidade é a própria pessoa.

Portanto, ao referir que a vida humana é sagrada, pretende-se reconhecer como reverenciada, respeitada e protegida. Esse reconhecimento decorre da observação de quão especial é essa vida, de forma que, independente de conceitos religiosos, a ela possa ser atribuída a qualidade de inviolável.

A sacralidade da vida humana, assim entendida no seu conceito de indisponibilidade - daquilo que não se pode abrir mão - contudo, deve ser entendida como a vida plena, que permita o desenvolvimento não só físico, mas também mental, intelectual, espiritual e social. Para tanto, a vida e a integridade física, como bens próprios, são elencados como direitos constitucionais fundamentais da pessoa.

3.4.2 Liberdade e desenvolvimento da personalidade

Nesse item, pretende-se abordar a liberdade no sentido negativo, ou seja, a liberdade de fazer tudo aquilo que a lei autorizar e/ou não proibir, na esfera de autonomia pessoal do indivíduo.

Dentre as liberdades, a liberdade de ir e vir, que ao fim permite ao ser humano agir, surge como uma das primeiras e principais liberdades conquistadas⁶⁴⁷. Acrescentaram-se a essa outras liberdades específicas como a liberdade de expressão, de crença, de manifestação, entre outras. As modernas constituições, para além de alguns direitos de liberdade específicos, apresentam ainda cláusula de liberdade geral⁶⁴⁸, que importa na liberdade da ação humana em um sentido amplo.

Conforme Alexy, o reconhecimento de um direito geral de liberdade implica na possibilidade de, se não houver restrições, se fazer ou deixar de fazer o que quiser. Também, face ao Estado, que este não embarace sua ação ou sua abstenção⁶⁴⁹.

Críticas apontam para o fato de que um direito de tamanha amplitude seria vazio em conteúdo, o que equivale à ausência de suporte fático e de substância. Alexy, sustentando as vantagens de se considerar uma cláusula geral de liberdade, analisa as objeções apresentadas concluindo pela existência do princípio que denomina de «liberdade negativa». Para o autor, a análise da viabilidade do direito geral de liberdade deve ficar restrita a liberdade negativa em sentido estrito, qual seja, a liberdade jurídica

⁶⁴⁷ Relata Arendt: “De todas as liberdades específicas que podem ocorrer em nossas mentes quando ouvimos a palavra “liberdade”, a liberdade de movimento é historicamente a mais antiga e também a mais elementar. Sermos capazes de partir para onde quisermos é o sinal prototípico de sermos livres, assim como a limitação da liberdade de movimento, desde tempos imemoriais, tem sido a pré-condição da escravização. A liberdade de movimento é também a condição indispensável para a ação e é na ação que os homens primeiramente experimentam a liberdade no mundo. Quando os homens são privados do espaço público – que é constituído pela ação conjunta e a seguir se preenche, de acordo consigo mesmo, com os acontecimentos e histórias que se desenvolvem em história – recolhem-se para sua liberdade de pensamento. Evidentemente, esta é uma experiência muito antiga”. ARENDT, Hannah. **Homens...**, p. 18.

⁶⁴⁸ No Brasil o art. 5º em seu caput estabelece o direito de liberdade, de forma genérica.

Igualmente, o Tribunal Constitucional Federal alemão, interpretou o art. 2º § 1º da Constituição alemã que refere o «direito ao livre desenvolvimento da personalidade» como um direito à liberdade geral de ação. *Cfr.* ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 341.

⁶⁴⁹ Explica o autor com base na regra constitucional alemã: “A liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Pressupor que essa liberdade é garantida pelo art. 2º, § 1º, significa duas coisas. De um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o direito, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos). Desta forma, o suporte fático do art. 2º, § 1º, é bastante ampliado. Ele inclui todas as ações dos titulares de direitos fundamentais (norma permissiva) e todas as intervenções do Estado nas ações desses titulares (norma de direito)”. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 343.

que permite fazer ou deixar de fazer algo, porque não é nem obrigatório, nem proibido⁶⁵⁰.

Sustenta, contudo, a possibilidade de restrição a essa liberdade, desde que existentes razões que as fundamentem, tais como direitos de terceiros e interesses coletivos. Isso porque considera esse conceito dirigido a um indivíduo vinculado a uma comunidade, como um ser relacional que é⁶⁵¹.

O direito de liberdade é o mais importante dentre os direitos fundamentais no que tange a edificação do espaço de movimentação do indivíduo, que é o que o qualifica.

Ferry sustenta que é pelo fato do ser humano ser livre, não estando preso a nenhum código natural ou histórico determinista, que ele é um ser moral⁶⁵². É, pois, a liberdade o que caracteriza o ser como humano e que possibilita o seu desenvolvimento pessoal e a realização de escolhas de acordo com o que lhe é primordial.

Por esse motivo que não há como se reconhecer a dignidade da pessoa humana sem assegurar o fundamental direito de liberdade, princípio que tem valor próprio e terá grande peso, quando em colisão com outros princípios. Isso porque a dignidade

⁶⁵⁰ Quanto a esse princípio, refere o autor: “Ele tem como objetivo, entre outros, a maior medida possível de liberdade jurídica. Esse princípio deve ser denominado “princípio da liberdade negativa de ação”. Em razão do fato de o direito geral de liberdade estar relacionado não apenas a ações, mas também a situações e a posições, a esse princípio devem ser adicionados outros dois: um que exige a maior medida possível de não-afetação de situações e outro que exige a maior medida possível de não-eliminação de posições jurídicas do titular do direito fundamental. Esses três princípios podem ser agrupados em um princípio superior, o princípio da liberdade negativa. No que se segue, será tratado apenas o mais simples dos subprincípios, o princípio da liberdade jurídica, que exige que as alternativas de ação sejam afetadas o mínimo possível por deveres e proibições”.

ALEX, Robert. **Teoria...**, pp. 351-352.

⁶⁵¹ Diz o autor: “Essa fórmula, na qual claramente se vislumbra a máxima da proporcionalidade, não apenas diz que a liberdade é restringível, mas também que ela é restringível somente diante da presença de razões suficientes. Esse é exatamente o conteúdo do princípio da liberdade negativa, pois, enquanto princípio, ele não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer, ele tão somente sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentam uma restrição na liberdade negativa. Nesse sentido, o princípio da liberdade negativa permite considerar em toda sua plenitude a vinculação do indivíduo à comunidade”. ALEX, Robert. **Teoria...**, pp. 357-358.

⁶⁵² Refere o autor: “O animal, sem dúvida, possui uma inteligência, uma sensibilidade e talvez até uma faculdade de comunicar-se. Mas não são de forma alguma a razão, a afetividade ou mesmo a linguagem que distinguem em último lugar os seres humanos. Existem evidentemente animais mais inteligentes, mais afetuosos, mais sociais e mais «comunicadores» do que alguns seres humanos. Para Rousseau, o critério está em outro lugar: na liberdade ou, como ele diz, na «perfectibilidade», isto é, na faculdade de aperfeiçoar-se ao longo de toda a sua vida, ao passo que o animal guiado desde a origem e de modo seguro pela natureza é, por assim dizer, perfeito «de uma só vez», desde seu nascimento. [...] A situação do ser humano é inversa: ele é tão pouco programado pela natureza que pode cometer excessos, beber ou fumar até morrer, por exemplo – o que os animais não podem –, porque nele, segundo a bela fórmula de Rousseau, «a vontade ainda fala, mesmo quando a natureza se cala». FERRY, Luc; VINCENT, Jean-Didier. **O que é o ser humano?: sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 123-124.

humana está baseada na compreensão de que a pessoa é capaz de se autodeterminar e se desenvolver em liberdade.

Muito embora seja necessária a conformação das liberdades individuais com as liberdades de todos e com os valores comunitários, Novais reconhece que *“o conteúdo da liberdade, bem como a determinação do uso que cada indivíduo lhe imprime, são fins essencialmente individuais, situados para além das competências regulamentadoras do Estado”*⁶⁵³.

E dentre todas as liberdades, a liberdade para o desenvolvimento da personalidade sobressai-se porque parte justamente do reconhecimento de existência de um direito geral de liberdade, considerando que, em meio ao que não é proibido, o ser humano pode fazer ou deixar de fazer o que quer, na sua esfera particular de ação.

Falar em desenvolvimento da personalidade implica reconhecer a possibilidade de construção do indivíduo que, dotado de capacidade inerente a todo o ser humano, pode dispor das suas ações e elaborar seus planos de vida.

A personalidade que aqui se trata é a que diz respeito a manifestação psicológica do ser. Não se apresenta pronta, mas *“se auto-institui ou constrói, segundo o seu próprio projecto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autónomo”*⁶⁵⁴.

Trindade, tratando das questões relativas a personalidade, na esfera psicológica, refere que *“é um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais”*⁶⁵⁵.

Fatores que nascem com a pessoa influirão para a construção dessa personalidade, assim como o aprendizado dos primeiros anos de vida que em regra lhes são passados pelos pais. Contudo, por ser dinâmica, está sempre em transformação e permite sua construção. Partindo de características que lhe são atribuídas com o nascimento, o indivíduo tem a capacidade de se autoconstituir, de se inventar e reinventar, na interação com o meio⁶⁵⁶. Desta forma, pode-se dizer que esse processo de

⁶⁵³ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 242.

⁶⁵⁴ Cfr. PINTO, Paulo Mota. O direito..., p. 152.

⁶⁵⁵ Cfr. TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica**: para operadores do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64.

⁶⁵⁶ Conforme Trindade: “[...] Normalmente, costuma-se atribuir às crianças, mesmo bem pequenas, características que são consideradas como sua personalidade. Estas são, na verdade, os fatores inatos, que integram e dão início à formação da personalidade que, para se consolidar, agrega, fundamentalmente, as experiências dos primeiros cinco anos de vida do indivíduo em contato com o meio, especialmente os pais. Nesses primeiros anos, as bases do funcionamento mental são determinadas, isto é, a forma como a pessoa se relaciona com os outros e com o ambiente, como reage a situações, etc., fica estabelecida em suas linhas mestras. Porém, a personalidade está em contínua transformação, mesmo que as mudanças se tornem

desenvolvimento acompanha toda a vida da pessoa, cessando apenas quando cessa a existência⁶⁵⁷.

A dignidade inerente a cada pessoa humana impõe que lhe seja conferida mecanismos que permitam seu livre desenvolvimento.

Apresenta-se assim, como reconhece Mota Pinto, em uma dimensão individual, que diz com o direito à diferença, mas também em uma dimensão social, pois pela natureza do ser humano seu desenvolvimento ocorrerá na interação com os demais indivíduos⁶⁵⁸.

O direito ao desenvolvimento da personalidade mantém, pois, elo com o reconhecimento do ser humano como um ser autônomo e com poder de autoconstrução. Tem, aqui, íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa, ao reconhecer a possibilidade de fazer suas escolhas existenciais, livre de coações externas, assim entendidas as imposições indevidas. A dignidade como autonomia⁶⁵⁹ pressupõe, pois, a capacidade de autodeterminação da pessoa, e a possibilidade de livre desenvolvimento de sua personalidade, podendo, para tanto, tomar decisões com relação aos rumos de sua vida.

Otero refere que:

*O livre desenvolvimento da personalidade permite ao ser humano, sabendo que cada instante e cada sítio abrem diversos caminhos, decidir o futuro do seu próprio ser: o livre desenvolvimento da personalidade revela que o homem, podendo conformar ou modelar livremente a sua própria existência, tem a possibilidade de escolher o seu próprio ser. [...] E esse desenvolvimento, incidindo sobre a esfera do espírito, não pode deixar de obedecer a uma regra de liberdade*⁶⁶⁰.

mais difíceis quanto mais duradouras e patológicas sejam as características". TRINDADE, Jorge. **Manual...**, p. 64.

⁶⁵⁷ Cfr. OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 579.

⁶⁵⁸ "Na verdade, desde logo, a própria noção de 'desenvolvimento da personalidade' requer uma indispensável dimensão social do direito em causa. Mesmo que o objecto fundamental da tutela seja a personalidade e a liberdade do indivíduo – designadamente, liberdade de coerção estatal ou dos outros relativamente ao desenvolvimento da personalidade –, a verdade é que as possibilidades de realização do indivíduo isoladamente são necessariamente limitadas. O desenvolvimento da personalidade é por natureza comunicativo e ocorre em interacção, tendo como contexto necessário, as relações com as outras pessoas, no "mundo-da-vida". [...] E, por esta via, tal direito não se pode compreender apenas como importando uma ausência de interferência na liberdade de estabelecimento de diferenças do indivíduo - o direito ao "desenvolvimento da personalidade" como decorrência do princípio da dignidade humana, comporta, desde logo, também, exigências ou directivas ao legislador, no sentido preectivo desse desenvolvimento". In: PINTO, Paulo Mota. O direito..., p. 159.

⁶⁵⁹ Sobre dignidade e autonomia ver item 3.2 dessa tese.

⁶⁶⁰ Cfr. OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 579.

Cabe ao Estado o dever de possibilitar esse desenvolvimento sem imposição de personalidade-padrão, para que mantenha ele, Estado, sua zona de conforto.

Os Estados democráticos contemporâneos são necessariamente plurais e laicos. Assumem como princípio de suas constituições a dignidade da pessoa humana que será o centro de sua atividade. Com isso, devem permitir que cada indivíduo construa a sua história e sua personalidade. É o direito à diversidade prevalecendo, permitindo que cada indivíduo desta sociedade identifique seus valores e encaminhe sua existência segundo seus próprios planos.

Igualmente laico, porque não haverá prevalência de nenhuma crença ou religião a determinar o caminho que deve ser seguido, de forma que todas as manifestações, de cunho religioso ou não, devem ser aceitas.

O direito ao desenvolvimento da personalidade, pois, é inerente ao reconhecimento da dignidade da pessoa. Um ser só é digno se puder exercer sua capacidade de tomar decisões e de agir de acordo com elas.

O direito ao desenvolvimento da personalidade vem elencado na Constituição alemã⁶⁶¹, ao tratar dos direitos de liberdade, e expressamente agrega a esse direito o adjetivo livre. Consagrado como direito geral de liberdade, permite nessa concepção ampla o reconhecimento das demais liberdades específicas a ela vinculadas como, por exemplo, a liberdade de crença e de expressão, entre outras. De toda sorte, a referência expressa ao desenvolvimento da personalidade é importante na medida em que expõe como liberdade primeira e impõe como dever do Estado permitir esse desenvolvimento.

A Constituição da República Portuguesa, quando trata dos direitos, liberdades e garantias individuais, elenca direitos pessoais^{662 663}, explicitando-os, a salientar o direito

⁶⁶¹ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949.

Artigo 2 [Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha**. 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁶⁶² TÍTULO II - Direitos, liberdades e garantias CAPÍTULO I - Direitos, liberdades e garantias pessoais Artigo 26.º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. [...]

⁶⁶³ Nos comentários a Constituição portuguesa, Miranda e Medeiros reconhecem o art. 26º como expressão direta do princípio da dignidade humana, que deverá ser observado para fins de aplicação de outros direitos, vale dizer, apresenta-se como um limite para outros direitos fundamentais.

Referem os autores: “Por ser expressão directa do postulado básico do respeito pela dignidade humana, o princípio consignado neste art. 26º constitui uma “pedra angular” na demarcação dos limites ao exercício dos outros direitos fundamentais. É em especial o que sucede com a liberdade de expressão e

à identidade pessoal⁶⁶⁴. O rol foi ampliado na revisão constitucional de 1997, quando passou a prever o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à identidade genética⁶⁶⁵.

No Brasil, a previsão constitucional com respeito aos direitos fundamentais pessoais é apresentada de forma genérica, conforme art. 5^a, inciso X⁶⁶⁶. Esses direitos vieram estabelecidos no Código Civil de 2002, que apresenta a cláusula aberta, o que, vinculado ainda ao princípio da dignidade da pessoa humana, valida a noção de que o rol dos direitos de personalidade não pode ser taxativo.

Sarlet reconhece que os direitos de personalidade, e dentre eles o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assumem a condição de direito fundamental implícito no ordenamento brasileiro⁶⁶⁷.

informação e com a liberdade de imprensa e meios de comunicação social (mas também com a própria liberdade de criação literária e artística). Estas liberdades não poderão ser interpretadas sem ter em sempre consideração o direito geral de personalidade consignado nesse artigo e, em especial, a tutela do bom nome, da reputação, da imagem, da palavra, da intimidade da vida privada". MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 283.

⁶⁶⁴ Miranda e Medeiros descrevem: "A identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa de viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projectada exteriormente em determinadas opções de vida". MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa...**, p. 284.

⁶⁶⁵ Miranda e Medeiros, ao analisar a disposição constitucional, identificam certas restrições, mas concluem de que se trata de uma tutela abrangente da personalidade. Referem os autores: "A Constituição portuguesa fala apenas em "desenvolvimento da personalidade" e não parece sentir necessidade de estabelecer qualquer limite expresso. Em termos literais a expressão portuguesa "desenvolvimento da personalidade" parece ligada à ideia de "formação da personalidade" que se encontra também parcialmente no art. 70º, nº 2, da Constituição onde se fala do "desenvolvimento da personalidade dos jovens" como objectivo da política da juventude. A expressão alemã *freie Entfaltung* contém um sentido mais amplo que aponta claramente para as ideias de autonomia e de livre "exteriorização" e "realização" da personalidade (e não tanto para uma ideia de "formação" da personalidade). b) As diferenças assinaladas não excluem que muitas das concretizações jurisprudenciais do direito alemão, feitas a respeito do artigo 2º, nº 1 da Lei Fundamental, possam e devam ter tutela no direito português. [...] Concretamente, e desde logo, não suscita dúvidas que o artigo 26º, articulado com a exigência axial do respeito pela dignidade humana e com a referência genérica ao *direito ao desenvolvimento da personalidade*, implica uma tutela abrangente da personalidade, incluindo a própria formação da personalidade [...] Além disso, o respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica (o que não impede que se reconheça uma mais ou menos ampla margem de liberdade de conformação do legislador na concreta delimitação do seu alcance)".

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa...**, pp. 287-288.

⁶⁶⁶ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁶⁶⁷ Ingo Sarlet reconhece entre os direitos fundamentais não-escritos implícitos e os decorrentes do regime e dos princípios. No que diz respeito aos direitos de personalidade consagrados no novo Código

Com previsão expressa ou porque é decorrente do direito de liberdade e do princípio maior da dignidade da pessoa, o direito ao desenvolvimento da personalidade é reconhecido nos atuais Estados de Direito.

A Constituição Alemã, como se disse acima, refere expressamente o «livre» desenvolvimento, o que veio suprimido na disposição constitucional portuguesa. O adjetivo livre utilizado é de ser considerado como item de confirmação. Ao reconhecer o direito ao desenvolvimento da personalidade, esse somente poderá ser livre, não condicionado⁶⁶⁸. Se assim não fosse, não se estaria conferindo um direito, mas impondo um padrão pré-estabelecido, o que vai contra a dignidade inerente a cada ser.

Haverá necessidade de regramento infraconstitucional, pois, que permita o desenvolvimento do indivíduo dentro da sua própria concepção, e que assegure o respeito a cada um e a todas as pessoas. Os limites são estabelecidos de forma que, ao falar em livre desenvolvimento da personalidade, este ocorre dentro de um sistema legal imposto por esse mesmo Estado.

A Constituição alemã também nesse ponto é expressa ao referir que apenas por força de lei poderá haver limite à liberdade da pessoa de se desenvolver. Considerando que se tratam de direitos fundamentais, as restrições deverão observar os requisitos de que se falou no item anterior, lembrando sempre que a restrição não pode ser tal que descaracterize o núcleo desse direito, o que ganha relevância quando se trata do direito à liberdade.

Pontes de Miranda, ao tratar o direito à liberdade, refere-se a ela como uma liberdade para o indivíduo, mas identifica que somente a liberdade moral pode ser

Civil brasileiro, refere que “estes direitos já poderiam também ser deduzidos de uma cláusula geral de tutela da personalidade ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana, como, de resto, ocorre com o direito ao nome, já consagrado pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Tal cláusula geral de tutela da personalidade, da qual decorre um direito geral de personalidade ou, como na Alemanha, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assume, por sua vez, a condição de direito fundamental implícito na nossa ordem constitucional”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, p. 89.

⁶⁶⁸ Fala-se em condicionamento no sentido de imposição de padrão por parte do Estado, o que não se coaduna com um estado democrático e plural.

Cabe o esclarecimento, em especial porque não se desconhece as conclusões de Arendt, com as quais se concorda, de que o ser humano é um ser condicionado, na medida em que dependente do meio para sua existência.

Diz a autora: “A condição humana compreende mais que as condições sob as quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados, porque tudo aquilo que eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência”. ARENDT, Hannah. **A condição humana.**, p. 10.

considerada como liberdade, prevendo a possibilidade de intervenção do Estado sempre que essa liberdade possa estar a lesar a pessoa⁶⁶⁹.

Abre-se aqui discussão com relação a proteção do indivíduo dele mesmo, o que implicaria em limitar a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais, quando se entender que essa renúncia vem em prejuízo do próprio indivíduo⁶⁷⁰.

Nos modernos estados democráticos e plurais, limitar a possibilidade de decisão da pessoa parece ceder frente ao reconhecimento da autonomia como elemento da dignidade. Em especial, na esfera mais íntima, na qual não há interferência na esfera de terceiro, e nem suscita maiores problemas sociais.

A limitação das liberdades em função da convivência social, imposta por questão de moral pública, é possível e necessária. Não há como se estabelecer a vida de relação sem os regramentos que restrinjam a liberdade, de forma que todos os cidadãos possam dela usufruir. Por exemplo, o direito à vida impõe que sejam estabelecidos regramentos que coíbam atos que atentem contra a vida, como a punição penal para o delito de homicídio ou o induzimento ao suicídio.

⁶⁶⁹ “As liberdades individuais não existem por si e para si, não são incompressíveis, illimitáveis, em seus enunciados apriorísticos. O indivíduo é livre; a liberdade existe para o indivíduo. Por isto mesmo, quando verifica que o indivíduo é lesado por ella, o Estado ampara, protege, vela pelo indivíduo. O alcoolismo, o uso de tóxicos, a prostituição suscitam medidas de proteção, que limitam as liberdades formaes, para que o indivíduo possa ser livre. Sem liberdade moral não ha liberdade”.

MIRANDA, Pontes de. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Publicações Technicas, 1932. p. 373.

⁶⁷⁰ Exemplo clássico é o que trata do arremesso dos anões, que foi proibido na França por atentar contra a dignidade da pessoa, ainda que manifestado pelos próprios anões a sua intenção de participar do show. Berti relata os fatos: “O fato é bem conhecido. Uma empresa do ramo de entretenimento para juventude decidiu lançar nas discotecas em cidades da região metropolitana de Paris e do interior da França, um inusitado certame conhecido como arremesso de anão (lancer de nain), consistente em transformar um indivíduo de pequena estatura – um anão - em projétil a ser arremessado pela plateia de um ponto a outro da casa de diversão. Movido pela natural repugnância que uma iniciativa tão repulsiva possa provocar, o prefeito de uma das cidades – Morsang-sur-Orge- interditou o espetáculo, fazendo valer sua condição legal, de guardião da ordem pública na órbita municipal. Do ponto vista legal, o ato de interdição teve por fundamento o Código dos Municípios. Por outro lado, a decisão administrativa do Prefeito se inspirou em uma norma de cunho supranacional, o art. 3º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Inconformada, a empresa, em litisconsórcio com o *handicap* ajuizou ação para anular o ato do prefeito perante o Tribunal Administrativo de Versailles que lhes deu ganho de causa. Mas em grau de recurso, o Conseil d’Etat reformou a decisão do Tribunal Administrativo, por atentado à dignidade humana”.

Prossegue o autor analisando os direitos contrapostos: “Contrariamente ao pensamento dos que se julgam no direito de fazer o que querem com seu corpo, em nome da liberdade pública, há os que buscam preservar que o direito que toda pessoa tem de agir em juízo para sancionar um atentado à dignidade humana, ainda que, independentemente de uma lesão a um direito subjetivo, sofrida pessoalmente, como bem ilustram outros episódios igualmente conhecidos tanto nos meios sociais, como nos meios jurídicos”. BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico.com.br**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718>. Acesso em: 12 out. 2016.

Significa dizer que embora possa assumir crenças e valores que entender, a pessoa deverá respeitar os demais indivíduos, pois somente assim é possível o convívio social e a interação das pessoas nesse meio.

Quando se trata de restrição ao direito fundamental de liberdade, deve-se, contudo, lembrar que deve ser mantido seu núcleo essencial, além do que essa limitação deve ser racional e fundamentada, de forma que apenas por proteção contra o ato de terceiro ou para a garantia da ordem pública poderia se impor a limitação.

Desta forma, não há racionalidade na imposição de restrições que não permitam ao titular exercer seu direito, no que diga respeito apenas a sua esfera mais íntima.

Isso impõe aos Estados que estabeleçam regramentos que respeitem as mais diversas formas de manifestação da personalidade do indivíduo e também que sirvam de garantia de respeito aos direitos individuais por parte do Estado e de terceiros.

A questão, contudo, como já referido na análise da possibilidade de renúncia dos direitos fundamentais, somente poderá ser analisada no caso concreto.

Os próprios direitos fundamentais já estipulam um limite. Na qualidade de valores a irradiarem seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, determinam que as leis que venham a restringir liberdades individuais devem encontrar uma justificativa racional no sistema e não confrontarem e nem restringirem o núcleo central desses direitos.

Deve o Estado ter o cuidado de não interferir ou impor padrões de comportamento, permitindo decisões pessoais de acordo com os valores e crenças desenvolvidos pela própria pessoa.

Assim, questões que digam respeito a decisões éticas, como são as questões de escolha de religião, de determinações a respeito do próprio corpo, entre outras, devem ficar na esfera de liberdade pessoal, sem intervenção do Estado.

O direito de liberdade, ou das liberdades⁶⁷¹, é direito inato e garantidor da dignidade da pessoa.

⁶⁷¹ Preleciona Bonavides: “Mas, em verdade, no mundo deste século, dilacerado de guerras civis, holocaustos e conflagrações mundiais, a liberdade não é palavra vã. Ela tem que ser formulada no plural – as liberdades, como Roosevelt o fez e enunciou num celebre discurso”. BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. p. 213.

3.5 Autonomia

O conceito de autonomia permeia o debate filosófico, passa pelas questões de ordem psicológica e ingressa na área jurídica. Ao longo da pesquisa, constatou-se que diversas acepções são utilizadas para se definir a autonomia e várias são as hipóteses em que seu conceito é utilizado.

Em todas as concepções, tem-se por núcleo comum a noção de autogoverno. Falar em autonomia remete para a ideia da própria pessoa de estabelecer suas regras de acordo com seus valores, livre de interferências e, como tal, um ato de liberdade⁶⁷². Disso podemos dizer que toda autonomia é uma espécie de liberdade, muito embora nem toda liberdade corresponda à autonomia. Isso porque a autonomia exige uma decisão racional.

Para Dworkin, o valor da autonomia resulta em proteger a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas de acordo com uma percepção individual de seu próprio caráter, tornando possível o que denomina de «autocriação», ou seja, que cada um seja responsável pela sua vida, observando sua personalidade. *“Permite que cada um conduza a própria vida, em vez de se deixar conduzir ao longo desta, de modo que cada qual possa ser, na medida em que um esquema de direitos possa tornar isso possível, aquilo que fez de si próprio”*⁶⁷³.

Almeida refere que *“essencialmente, autonomia é a capacidade de pensar, decidir e agir, com base em tal pensamento e decisão, de modo livre e independente”*, advertindo

⁶⁷² Nesse sentido: “Deriving from the Greek *autos* (“self”) and *nomos* (“law” or “rule”), the term “autonomy” was first used to describe Greek city states exerting their own laws. The general idea, which has not changed since then, is that the subject in question, in one way or another, “governs itself.” Accordingly, the idea of *personal autonomy* is that a person “governs herself,” i.e. that she decides and acts according to her own convictions, values, desires and such like and independent of unwanted internal and external influences. Of course, this all too short explanation very well gives rise to more questions than providing an answer. For what exactly is meant by the idea of convictions, values or desires being a person’s *own*, and which influences endanger autonomy and why?” (Livre tradução: “Derivado do grego *autos* (eu) e *nomos* (lei ou regra), o termo “autonomia” foi usado pela primeira vez para descrever cidades-estados gregas que exerciam as suas próprias leis. A ideia geral, o que não mudou desde então, do tema em questão, de uma forma ou outra, “governo de si mesmo”. Assim a ideia de autonomia pessoal é a de que uma pessoa “governa a si mesma”, ou seja, que ela decide e age de acordo com suas próprias convicções, valores, desejos e, desta forma, independente de influências internas e externas indesejadas. Claro que tudo isso é uma explicação breve que suscita mais perguntas do que confere respostas. O que exatamente se quer dizer com a ideia de convicções, valores ou desejos que são próprios de uma pessoa, e que influências colocam a autonomia em perigo e por quê?”) KUHLE, Michael; JELINEK, Nadja. **Autonomy and the Self**. 2010. Disponível em: <<http://www.uni-muenster.de/KFG-Normenbegrundung/publikationen/preprints.html>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

⁶⁷³ Cfr. DWORKIN, Ronald. **Dominio...**, p. 319.

que não é fazer o que bem se entende, ou mesmo um agir automático, pois a decisão, e mesmo a ação, devem ser racionais⁶⁷⁴.

Pode-se falar de uma autonomia moral, como o conceito referido por Kant⁶⁷⁵, que vê na dignidade inerente à pessoa o fundamento para sua autonomia, exercida com base na razão. Kant já diferenciava autonomia que diz respeito ao autogoverno da heteronomia, que implica na sujeição a uma lei exterior ou à vontade do outro. A base ética da filosofia de Kant é estabelecida no princípio da autonomia⁶⁷⁶.

Kant considerava que esse poder de autogoverno era necessário para poder qualificar alguém como um agente racional. A autonomia é a capacidade da pessoa de reger sua própria conduta, estabelecendo uma lei para si mesma, graças ao exercício de sua vontade aliada à razão. O exercício dessa autonomia, pois, deveria estar de acordo com o imperativo categórico: *“aja conforme uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como uma lei universal”*⁶⁷⁷.

O imperativo kantiano apontado era voltado apenas para o indivíduo e seu critério, dessa forma, era momentâneo. Cada um deveria ponderar o que aconteceria se a máxima de sua ação fosse transformada em um princípio geral. Naturalmente que, de fato, essa reflexão racional não tinha qualquer probabilidade de se tornar uma lei geral⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ O autor apresenta exemplos em que há divisão da autonomia de pensamento, de vontade e de ação, esta abrangendo a capacidade de agir de acordo com seus pensamentos. Pelos exemplos é possível constatar que uma pessoa pode ter autonomia de pensamento, mas se não conseguir expressá-la poderá não conseguir agir de acordo com o seu pensamento.

Cfr. ALMEIDA, Marcos de. Comentários..., p. 57.

⁶⁷⁵ Schneewind explica: “No cerne da filosofia moral de Immanuel Kant (1724-1804) está a declaração de que a moralidade se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, um motivo para obedecer. Os agentes que são desse modo moralmente autogovernados Kant chama de autônomos”.

SCHNEEWIND, J.B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 527.

⁶⁷⁶ Refere Boladeras: “Kant construye su filosofía práctica sobre los conceptos de voluntad y razón. La voluntad del ser humano es la «facultad de determinarse uno a sí mismo a obrar conforme a la representación de ciertas leyes. Semejante facultad sólo puede hallarse en los seres racionales»”. (Livre tradução: “Kant constrói sua filosofia prática sobre os conceitos de vontade e razão. A vontade do ser humano é a «faculdade de determinar-se e agir de acordo com determinadas leis. Semelhante faculdade somente pode dirigir-se aos seres racionais»”).

BOLADERAS, Margarita. **El derecho**..., p.64.

⁶⁷⁷ Para Kant, “o princípio que torna certas ações em dever é uma lei prática. A regra que o agente elege como princípio para si mesmo a partir de fundamentos subjetivos se chama sua máxima”.

Com relação ao imperativo categórico apresentado, refere: “Você tem, portanto, de considerar suas ações primeiramente conforme ao princípio subjetivo das mesmas. Que esse princípio seja também objetivamente válido, porém, você só pode reconhecer na medida em que, submetido por sua razão a essa prova por meio da qual você se pensa ao mesmo tempo como legislador universal, ele se qualifique a uma tal legislação universal”. KANT, Immanuel. **Metafísica**..., p. 31.

⁶⁷⁸ Cfr. JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto/Editora PUC-Rio, 2006. p. 48-49.

Deve-se, contudo, reconhecer que o conceito de autonomia estabelecido por Kant, de grande importância na construção de toda uma teoria de direitos fundamentais, não tem como ser aplicado em algumas situações concretas, em especial nos dias atuais. Para Arrieta, Kant trabalha com um conceito idealizado de autonomia e dos sujeitos morais que a exercem, que pouco tem a ver com as pessoas reais e as decisões que precisam tomar, em especial com relação ao seu corpo e sua vida⁶⁷⁹.

Ainda que outras variáveis possam ser incorporadas, é importante ressaltar nesse conceito que a autonomia pessoal deve estar baseada na razão. Uma pessoa autônoma é aquela que se autogoverna, mas porque racionalmente toma suas decisões. Ademais, exige-se também o respeito à autonomia do outro, para que em contrapartida os outros também respeitem a autonomia do indivíduo.

Daí porque o imperativo categórico serve ao menos como um indicativo dos limites do espaço de liberdade para ação de cada um. As decisões não podem interferir na esfera pessoal de terceiros e devem ser moralmente relevantes, ganhando o cunho universal.

O autor, na obra referida, propõe ao pensamento e ao comportamento humano uma nova ética e apresenta um novo imperativo categórico, preocupado não com o ato consigo mesmo, mas com os efeitos para a continuidade da atividade humana futura.

⁶⁷⁹ Diz Arrieta: “Kant se pregunta en términos generales «que debo hacer» o «cómo debo vivir», pero permanece mudo ante la pregunta de qué debo hacer o cómo debo vivir en relación con mi salud, mis ingresos o ante la muerte. Además, ya no compartimos su fe en la razón ni en el progreso moral vinculado a su ejercicio. Presuponer una racionalidad universal que permita a los humanos un entendimiento moral común con el fin de conducirse según cursos de acción racionales se ha convertido, en nuestra era una débil esperanza de unos pocos kantianos valientes. Ya desde la época de Kant hasta nuestro días pocos filósofos han secundado la idea de que podemos conceptualizar adecuadamente la autonomía desde la pura imparcialidad racional, sin una referencia a los deseos, preferencias y metas subjetivas de las personas. Y, en la actualidad, además de ver la razón y los estados afectivos – tales como deseos y emociones – como fenómenos mutuamente dependientes, las ciencias cognitivas han confirmado que las personas estamos sujetas a numerosos factores y experiencias inconscientes que hacen nuestra toma de decisiones mucho menos aparente (y por tanto menos consciente y racional) de lo que Kant suponía”. (Livre tradução: “Kant se pergunta em termos gerais «o que devo fazer» e «como devo viver», mas permanece silente diante da pergunta do que devo fazer e como devo viver em relação a minha saúde, minhas rendas ou diante da morte. Além disso, já não há como partilhar a sua fé na razão ou no progresso moral ligado ao seu exercício. Pressupõe uma racionalidade universal que permite aos seres humanos um entendimento moral comum com o fim de comportar-se de acordo com ações racionais, tornou-se, no nosso tempo, uma tênue esperança de uns poucos corajosos kantianos. Desde o tempo de Kant até aos nossos dias poucos filósofos apoiam a ideia de que podemos conceituar adequadamente a autonomia como pura imparcialidade racional, sem uma referência aos desejos, preferências e metas subjetivas das pessoas. E, na atualidade, também ver a razão e os estados afetivos – tais como desejos e emoções – como fenômenos mutuamente dependentes, as ciências cognitivas têm confirmado que as pessoas estão sujeitas a numerosos fatores e experiências inconscientes que fazem nossas decisões muito menos aparentes (e, portanto, menos conscientes e racionais) do que Kant supunha”).

O autor, contudo, também reconhece a importância das ideias de Kant, e alia-se a Olivier Reboul, para reconhecer que “com los valores de Kant no se puede vivir plenamente, pero que sin ellos no se puede vivir humanamente”. (Livre tradução: “com os valores de Kant não se pode viver plenamente, mas sem eles não se pode viver humanamente”). ARRIETA, Ion. Los múltiples..., p. 82-83.

No campo jurídico, a autonomia é considerada como um princípio da esfera privada da vida em sociedade. Parte do reconhecimento de que a vontade é criadora de normas, chegando ao poder do particular, frente ao Estado, de se autodeterminar, princípio que permeia o direito privado com forte aplicação na área patrimonial e negocial.

A análise do conceito de cunho jurídico/político de autonomia privada é de interesse para determinar as esferas de interferência do Estado na vida pessoal e o espaço destinado à livre manifestação do indivíduo.

Porém, esta tese dirige-se, sobretudo, à análise da autonomia pessoal, qual seja a capacidade de ordem psicológica que permite à pessoa tomar decisões sobre a sua vida, de acordo com crenças, desejos e valores que formaram sua identidade e com as quais se coloca no mundo.

Nas questões referentes aos cuidados com a saúde e fim de vida, é a capacidade psicológica de poder se autodeterminar e de agir de acordo com esta decisão que estará no foco do debate, reconhecendo-se, contudo, que a validade dessas manifestações depende de espaços livres de interferência. Restrições a essa autonomia pessoal, pois, são estabelecidas *“quando em causa o interesse da comunidade na manutenção de valores objetivos, como manifestações de danosidade social, em casos em que é tido como mais valioso o bem-jurídico protegido do que a liberdade individual”*⁶⁸⁰.

Rocha menciona que, com o desenvolvimento da bioética, os pacientes adquiriram o poder de tomar decisões sobre sua saúde. Contudo, por vezes, o conceito de autonomia fica limitado à tomada de decisão e não a sua efetiva colocação em prática, tarefa para a qual se precisa contar com os outros, em especial quando envolvem decisões de saúde e vida⁶⁸¹. É o reconhecimento do que denomina de autonomia

⁶⁸⁰ Exemplificam os autores: “Ao que parece, é nesta tensão que se encontra a vedação de remuneração pela retirada de um órgão humano no Brasil. O legislador, ao ver nesta prática danos aos interesses da comunidade, impôs, por meio da lei penal, restrição à autonomia pessoal. Lembramos que, no Brasil, a própria Constituição da República (art. 199, § 4º) orienta a política pública de transplantes por regras de benevolência, facilitando a remoção de órgãos e tecidos para fins de transplantes, mas por outro lado, vedando qualquer tipo de comercialização”.

GAUER, Ruth Maria Chitto; MARINHO JUNIOR, Inezil P.; GAUER, Gabriel J. Chittó. Entre a autonomia pessoal e a proteção estatal: sobre a vedação da comercialização de órgãos humanos e os limites à livre disposição do bem jurídico-penal individual no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 224-241, 2007. Disponível em:

<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/13c3a/13c9e/1445f?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS106PG223>. Acesso em: 07 dez. 2015. p. 238.

⁶⁸¹ Rocha, na introdução ao livro que reúne ensaios sobre a autonomia, explica o motivo pelo qual foi escolhido como título “autonomia com os outros”. Para tanto, analisa que autonomia não se limita a tomada de decisão, mas também a necessidade de colocá-la em prática. Refere: “Todos los humanos

relacional, ou seja, de que mesmo o poder de autogoverno se estabelece na relação com os outros.

Cabe delimitar, ainda, que se busca aqui a análise do conceito de autonomia, e não propriamente do princípio difundido na bioética, o qual se direciona para o respeito à autonomia do outro⁶⁸². Bechaumps e Childress apresentam o princípio bioético como respeito à autonomia da pessoa, direcionado para o reconhecimento de que nas relações médico/científicas, investigativas ou assistenciais, é necessária a consideração das manifestações do paciente/investigado sobre o que se fez referência no item 1.2 dessa tese⁶⁸³.

tomamos decisiones, pero deliberar a fondo sobre ellas, integrarlas en las diferentes narrativas que dan sentido a nuestras vidas y conquistar nuevos terrenos para la autonomía no está al alcance de todo el mundo. En esa lucha estamos. Pero avanzar en autonomía para todos y todas no quiere decir que esta no pueda llevarse demasiado lejos, desvirtuarse en algunos casos, y esa es la lección del cuento de Schilink. Somos autónomos con los otros; sin ellos, no podemos conocer las implicaciones del diagnóstico, ni adecuar las condiciones del entorno para hacer posible el plan de cuidados, ni planificar el futuro de acuerdo con el pronóstico, ni actuar políticamente para cambiar las condiciones sociales que moldean nuestra conducta". (Livre tradução: "Todos os seres humanos fazem escolhas, mas deliberar cuidadosamente sobre eles, integrá-las nas diferentes narrativas que dão sentido à nossa vida e conquistar novas terras para a autonomia, não está disponível para todos. Estamos nesta luta. Mas avançar na autonomia para todos não significa que ela não pode ser levada muito longe, desvirtuar-se em alguns casos, e essa é a lição da história de Schilink. Nós somos autônomos na relação com os outros; sem eles, não podemos saber as implicações do diagnóstico, ou adaptar as condições ambientais para tornar possível o plano de cuidados ou planejar com antecedência de acordo com o prognóstico, nem agir politicamente para mudar as condições sociais que moldam o nosso comportamento"). ROCHA. Antonio Casado da (Ed.). **Autonomía con otros: ensayos sobre bioética**. Madrid: Plaza Y Valdes, 2014. p. 16.

⁶⁸² Sustenta Almeida: "O conceito de autonomia deve ser distinguido daquilo mais comumente conhecido como o princípio da autonomia. O princípio da autonomia, em essência, é o requisito moral do respeito pela autonomia dos outros. Na prática, todos aceitamos este princípio em certa medida: Já que todos desejamos ver nossa autonomia respeitada e estamos preparados para aceitar que devemos respeitar a autonomia dos outros (pelo menos de alguns dos outros, em pelo menos algumas circunstâncias). No caso da autonomia de ação, entretanto, a necessidade de certo grau de restrição quanto ao respeito pela autonomia dos outros se nos afigura como inquestionavelmente óbvia. Do contrário seríamos moralmente compelidos a aceitar qualquer tipo de ação, não importa quão desastrosas e terríveis as consequências possam ser para os outros". ALMEIDA, Marcos de. Comentários..., p. 59.

⁶⁸³ Sobre o princípio do respeito à autonomia, referem os autores: "The respect autonomous agents is to acknowledge their right to hold views, to make choices, and to take actions based on their values and beliefs. Such respect involves respectful action, not merely a respectful attitude. It also requires more than noninterference in others' personal affairs. It includes, in some contexts building up or maintaining others' capacities for autonomous choice while helping to allay fears and other conditions that destroy or disrupt autonomous action. Respect, so understood, involves acknowledging the value and decision-making rights of autonomous persons and enabling them to act autonomously, whereas disrespect for autonomy involves attitudes and actions that ignore, insult, demean, or are inattentive to others' rights of autonomous action". (Livre tradução: "O respeito ao agente autônomo é reconhecer o seu direito a ter opiniões, fazer escolhas e agir baseadas em seus valores e crenças. Tal respeito envolve ação respeitosa, e não apenas uma atitude respeitosa. Ele também requer mais do que a não ingerência nos assuntos pessoais dos outros. Ele inclui, em alguns contextos de construção ou manutenção das capacidades da outra pessoa para a escolha autônoma, enquanto ajuda a acalmar os receios e outras condições que destroem ou perturbam uma ação autônoma. Respeito, assim entendido, envolve reconhecer o valor e o direito das pessoas autônomas de tomada de decisão, permitindo-lhes agir autonomamente, ao passo que o desrespeito pela autonomia envolve atitudes e ações que ignoram, insultam, humilham, ou são

Assim, busca-se aqui um panorama das questões referentes à autonomia, com especial atenção para a pessoal, que implica na capacidade do indivíduo manifestar sua vontade e agir de forma livre, importante para decisões de cuidados da saúde e fim de vida.

3.5.1 *Autonomia da vontade e autonomia privada*

A esfera de delimitação entre o poder da pessoa de se autogovernar e da possibilidade do Estado de interferir, determinando o que pode ou não ser feito, é de interesse para a tese proposta, que busca a efetividade das manifestações prévias de cuidados com a saúde. Referências ao caminho pelo qual se construiu a ideia de autonomia privada são necessárias para a compreensão do conceito atual.

A dualidade entre a necessidade de um poder governante que discipline os indivíduos, possibilitando a convivência em sociedade, e o poder de autogoverno por parte de qualquer indivíduo, segue a fluência da história desde seus primórdios.

Com maior ou menor poder concedido aos indivíduos, os períodos vão se sucedendo. O que fica evidente, embora concepções diversas relativas ao Estado e os seus limites, é a necessidade de que cada indivíduo tem de ceder seu espaço de liberdade para permitir uma vida em sociedade.

A liberdade somente poderá ser exercida se houver o Estado para garanti-la e conferir validade aos atos realizados no exercício da autonomia pessoal. Nesse espaço de atuação autônoma do indivíduo, seus atos devem vir reconhecidos pelos demais, considerando que somente se completa nessa relação com o outro.

Segundo Cordeiro: “a autonomia pressupõe sociedade e implica o reconhecimento, por esta, do espaço autorregulativo do sujeito⁶⁸⁴”.

Desde o direito romano já se reconhece que a vontade individual permite a geração de obrigações. Assim, na esfera de autonomia deste indivíduo, os atos gerados

desatentos aos direitos de ação autônoma dos outros.”) BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles...**, pp. 106-107.

⁶⁸⁴ Esclarece o autor: Admite-se, hoje, até perante dados antropológicos confirmados pela observação que não existe, propriamente, uma autonomia intrínseca ao ser humano, individualmente tomado. [...] A autonomia privada é, ela própria o produto de uma atribuição da Ordem Jurídica. Mas essa atribuição é feita “em bruto”, isto é: deixando a cada um, o sentido que lhe queira dar e à dogmática jurídica a tarefa de construir um processo de realização que concretize, da melhor maneira, a ideia básica do ordenamento. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2: parte geral-negócio jurídico. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.p. 40.

terão validade na relação entre os particulares. A vontade, pois, surge como um elemento gerador de direitos e obrigações.

A autonomia da vontade surge como o pilar da ordem jurídica privada, reconhecendo a existência de espaço de manifestação e negociação entre particulares que compõem a sociedade⁶⁸⁵.

Tem como justificativa fundamentos de natureza ética e política-social, que a reconhece como *“exigência da dignidade humana e da liberdade geral de cada um”*, e fundamentos econômicos-sociais, uma vez constatado que *“sob regimes alargados de autonomia, consegue-se um máximo de equilíbrio social e de eficiência económica”*⁶⁸⁶.

É no período identificado como Iluminismo que surge a ideia de autonomia privada, estabelecendo uma área de atuação dos particulares, de liberdade contratual e de garantia da propriedade privada frente ao Estado. Surge aqui a ideia de obrigações negativas do Estado, quais sejam, de não intervenção na esfera privada.

Na criação de um Estado Liberal, a se contrapor aos Estados Absolutistas, há uma noção de não interferência estatal nas relações entre particulares. É nesse período que emergem codificações na área civil, com pretensões de se traduzir como a «Constituição do Direito Privado», que traduz essa preocupação de não intervenção do poder público no direito privado⁶⁸⁷.

Diferencia-se, pois, a autonomia da vontade da autonomia privada: aquela é reconhecida como possibilidade de livremente praticar atos jurídicos determinando seu conteúdo, forma e efeito, quando não contrários à lei; essa surge como um princípio de direito privado, uma espécie de regra geral de intervenção mínima do Estado, conferindo ao particular o poder de reger o seu comportamento nos limites ou ditames da lei.

⁶⁸⁵ Ascensão leciona: “Não que não possa haver também manifestações de autonomia no Direito Público, como é bem visível na discricionariedade administrativa. Mas a autonomia pública é atribuída para fins que são direta ou indiretamente vinculados, a autonomia privada é-o para a obtenção de fins últimos da livre escolha dos sujeitos. Por isso é que não há nenhum dever de fundamentação no Direito Privado, e há-o no Direito Público”.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral** 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

⁶⁸⁶ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 41.

⁶⁸⁷ Nesse sentido, por exemplo, o Código Civil brasileiro, datado de 1916. Tepedino, em levantamento histórico, ao analisar as codificações no século XIX e a partição do direito público e privado, refere: “Nesse cenário, tornou-se bem delineado o significado constitucional do Código Civil para o direito privado, sem que se alvitrasse, afora do corpo codificado, qualquer regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais”.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. Disponível em <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

Cabral deixa clara a diferença existente ao referir que a vontade é “*fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada capaz de produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico*”⁶⁸⁸. O negócio jurídico, portanto, seria a expressão concreta do exercício da autonomia privada.

Verifica-se, por vezes, a utilização de ambas as terminologias, como se fossem sinônimos, mas é clara a alteração não só do termo como da conceituação entre elas. A autonomia de vontade apresentava-se com um voluntarismo exacerbado, creditando à vontade um poder absoluto de estabelecer a regra⁶⁸⁹. Já no conceito de autonomia privada, é reconhecido o espaço de determinação da parte, mas dentro das regras legais. Pode-se, pois, falar em autonomia privada jurídica, uma vez que os efeitos do ato serão conferidos pela lei e a vontade terá apenas um papel auxiliar na formação do negócio jurídico⁶⁹⁰.

Betti também critica o «dogma da vontade»⁶⁹¹, que levaria a reconhecer a supremacia da vontade individual, desconhecendo os limites sociais e jurídicos que podem lhe ser impostos. A autonomia privada, por sua vez, é “*reconhecida como*

⁶⁸⁸ Cfr. CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo. v. 5, n 19, p. 84, jul/set. 2004.

⁶⁸⁹ Refere Borges: “Segundo a teoria da autonomia da vontade, a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido. Essa ideia derivava de uma concepção individualista exacerbada de direito, que considerava o sujeito fora do contexto social. Uma vez declarada a vontade, esta, em geral, teria a força de desencadear efeitos jurídicos. [...] Um dos maiores problemas práticos do dogma da vontade foi que, dentro de sua visão, a vontade individual era onipotente, gerando como consequência a ideia de que não haveria limites jurídicos para o exercício da liberdade negocial”.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos...**, p. 53.

⁶⁹⁰ Prossegue Borges referindo: “Por outro lado, na noção de autonomia privada, o negócio jurídico não nasce da simples manifestação da vontade. A teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar consequências jurídicas. A vontade não é o único fator determinante do negócio jurídico. Este nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos...**, p. 53.

⁶⁹¹ O autor é considerado representante da teoria preceptiva, de cunho objetivo que surgiram, exatamente, para se contrapor as teorias voluntaristas. Cabe transcrever as análises do autor sobre a vontade: “O mal está em que a palavra “vontade” tem vários sentidos, e ora significa o objeto do querer, o querido (só, porém, na normalidade dos casos, o que se declara é o que se quer), ou ainda o conteúdo do querer, o escopo pretendido (o qual, em princípio, só nos casos normais coincide com a causa do negócio jurídico); ora, pelo contrário significa a faculdade, ou atividade do querer, como fato psíquico interno, que, na sua realidade integral, é estranho ao negócio e não se torna socialmente reconhecível. E, por isso, é inevitável que a todo o momento se estabeleça confusão entre a vontade entendida como faculdade psíquica, ou como fato psicológico interno, e a vontade entendida como objeto, ou como conteúdo do querer. [...] Na verdade, a vontade, como fato psíquico interno, já se determinou primeiro: ela esgota-se, como se disse, com a declaração ou com o comportamento: e é por ela (ou por ele) absorvida. Pelo contrário, o preceito de autonomia privada aparece pela primeira vez com a declaração e com o comportamento”.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1. Campinas: LZN editora, 2003. p. 86-91.

pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica”⁶⁹² ⁶⁹³.

Seguindo uma sequência histórica, da qual já se referiu no item 3.1, a concepção de Estado liberal, no qual a autonomia privada era reconhecida, o exercício desse poder de autogoverno gerou desigualdades e passou a exigir a interferência do Estado com vistas à regulação das atividades, de forma a buscar um equilíbrio para a manutenção da igualdade entre as pessoas.

O Estado Social surge com pretensões de efetivar o reconhecimento da igualdade, não meramente formal, mas também material, entre os indivíduos que compõem a sociedade, todos portadores de igual dignidade.

Contudo, para garantia e concretização dos direitos fundamentais estabelecidos, impuseram-se maiores limites às liberdades individuais. A dualidade da qual já se falou apresenta-se novamente. Ao mesmo tempo em que o Estado Social está constituído para a garantia das liberdades individuais e o exercício da autonomia pessoal, ele precisa frear as liberdades para permitir o convívio igualitário.

O Estado Social, contudo, é “*ainda herdeiro do Estado liberal*”, ou seja, apresenta-se como uma continuidade de concretização dos propósitos do estado liberal de dignificação da pessoa humana⁶⁹⁴.

A autonomia privada é então definida como a concessão aos particulares de poder se autodeterminar e de solucionar seus conflitos, tratada como direito fundamental, que assim inserida tem sua limitação na dignidade da pessoa humana e na harmonia social. Daí porque, permite ao Estado, como protetor dos direitos fundamentais da pessoa, delimitar áreas de atuação individuais.

Constata-se, ainda dentro desse mesmo Estado Social de Direito, que a forma de atuação, diga-se mais, ou menos paternalista, também gradua a esfera de autonomia individual.

⁶⁹² Para Betti, autonomia privada é “reconhecida como atividade e potestas, criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares: relações cuja vida e cujas vicissitudes, são, antecipadamente, disciplinadas por normas jurídicas preexistentes. A manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico, o qual, precisamente, é concebido como um ato de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares. Estes efeitos jurídicos produzem-se na medida em que são previstos por normas que, tomando por pressuposto de fato o ato de autonomia privada, os ligam a ele como sendo a *fatispécie* necessária e suficiente”. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1..., p. 71.

⁶⁹³ No quarto capítulo dessa tese se retoma a questão, expondo as teorias que buscam explicar o negócio jurídico, ora com ênfase no papel da vontade, de cunho psicológico (teorias voluntaristas) ora sustentando a predominância ao papel da declaração (teorias objetivas – preceptivas ou normativas).

⁶⁹⁴ Nesse sentido ver OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 336.

Disso tudo se tem uma reconfiguração do conceito de autonomia privada, que deve ser lida dentro do contexto de garantias individuais estabelecidas no Estado Social de Direito. Direito público e privado é uma dualidade que não mais se sustenta, constatando-se, em verdade, uma interseção entre essas esferas, que tem as normas constitucionais e em especial as de direito fundamental, irradiando seus efeitos sobre todo o sistema jurídico.

3.5.2 *Autonomia privada e direitos existenciais*

Dentro dessa nova visão da autonomia, verifica-se que ela não está restrita ao âmbito das relações patrimoniais, expandindo-se também para as relações existenciais. Isso porque *“a função a ser promovida é a do livre desenvolvimento da personalidade, que encontra na autonomia instrumento por meio do qual pode ser concretizada”*⁶⁹⁵.

A ideia de autonomia privada surge e se desenvolve exatamente no espaço de negociações patrimoniais, tendo no negócio jurídico sua concretização. Tem na autonomia contratual uma forma de exteriorização maior, embora o conceito de autonomia privada seja mais amplo. Tanto que os negócios jurídicos unilaterais também são reconhecidos como expressão da autonomia de vontade, e dentre eles pode ser citado como exemplo o testamento⁶⁹⁶.

Mas, além disso, deve ser considerado que bens de personalidade também podem figurar como objetos de negócios jurídicos. Essas manifestações, tendo ou não algum conteúdo patrimonial, são manifestações da autonomia privada. Borges refere que a autonomia jurídica individual é mais ampla do que a autonomia privada, permitindo a

⁶⁹⁵ Cfr. MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. (Introdução).

⁶⁹⁶ Nesse sentido: “As duas autonomias (negocial e contratual) revelam-se aptas e idôneas a colher uma vasta gama de exteriorizações da autonomia privada. E, embora possam parecer semelhantes, as três expressões não se confundem. A expressão “autonomia contratual” acolhe exclusivamente a autonomia que se manifesta no estabelecimento de um negócio bi ou plurilateral e de conteúdo patrimonial. Já a locução “autonomia negocial” descreve o fenômeno da auto-regulamentação dos interesses na multiplicidade de seus movimentos. Para Giuseppe Grisi, a noção de *autonomia privada* exprime conteúdo mais largo e extenso que o de *autonomia contratual*. Se, por exemplo, o testamento, a procuração e a remissão de débito podem ser considerados atos de autonomia, é fácil concluir que a autonomia não se exprime somente através dos contratos. Entretanto, vale considerar a sistemática mais comumente aceita na doutrina, isto é, a que considera a “liberdade (ou autonomia) contratual” como expressão compreendida na de “autonomia negocial”, a qual, por sua vez, é uma articulação da “autonomia privada””. CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia”..., p. 115.

atuação lícita mesmo que não tenha como efeito a aquisição, a transferência ou a extinção de direitos⁶⁹⁷.

Embora espaços de manifestações fossem conferidos às partes em esferas pessoais, a interferência Estatal, nessa esfera íntima, mostra-se presente. Mas como refere Cabral: *“num sistema de liberdade, o princípio de autonomia privada é essencial para a convivência social e tem que estar consagrado a percorrer todos os domínios da atividade humana, não apenas o econômico”*⁶⁹⁸.

Não só isso, como primordialmente, a autodeterminação da pessoa deve ser conferida na sua esfera mais pessoal, que são determinações de ordem existencial e não patrimonial. Deve-se reconhecer, contudo, que os critérios para o exercício dessa autonomia privada foram na sua maioria direcionados para as questões patrimoniais e não são suficientes para permitir o exercício ou impor as restrições nas questões de ordem existencial.

Machado identifica a dimensão existencial da autonomia privada, sendo esta *“o lugar das escolhas de cunho existencial, isto é, de caráter afetivo, sexual, religioso, ideológico, etc.”*⁶⁹⁹, a qual é marcada por uma proteção mais intensa.

A jurisprudência alemã trabalha com o que denomina de teoria das esferas, na qual identifica uma esfera de nenhuma intervenção estatal, na qual a autonomia pessoal seria total⁷⁰⁰.

Reconhecida a possibilidade de exercício da autonomia no campo dos direitos existenciais, não há como se negar a possibilidade de disposição desses bens. Nada é mais íntimo do que aquilo que diz respeito ao próprio corpo e, diga-se, a própria morte. Como tal, o espaço de deliberação deveria ser maior do que na esfera obrigacional e não

⁶⁹⁷ Cfr. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos...**, p. 114.

⁶⁹⁸ Cfr. CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia”..., p. 93.

⁶⁹⁹ Diz o autor: “Pode-se cogitar em uma garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, inarredável decorrência do princípio da dignidade humana e, portanto, da cláusula geral de tutela e promoção da personalidade, que dialoga com uma noção mais ampla de liberdade que atinge a esfera dos valores existenciais do ser humano. É essa alargada liberdade que vai também incrementar a noção de autonomia privada fazendo-a pressuposto da democracia e elemento indissociável da proteção da dignidade da pessoa humana. A partir da concepção extensa de liberdade que lhe dá suporte, é possível identificar duas dimensões da autonomia privada, do poder do particular de autogovernar sua esfera jurídica, ou construir sua esfera privada, quais sejam, uma patrimonial e outra existencial. A primeira consiste na tradicional roupagem dos atos de autonomia que percutem no patrimônio das pessoas, cuja expressão precípua é a liberdade de contratar, que tem refúgio constitucional na tutela da livre iniciativa (CF/88, art. 170). A segunda, por seu turno, se apresenta como o lugar das escolhas e decisões de cunho existencial [...]”. MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 37, p. 24, jan./mar. 2010.

⁷⁰⁰ Maiores referências sobre a teoria das esferas no item 3.8 desta tese.

o contrário. Importante, porém, que seja analisado dentro da lógica do desenvolvimento pessoal do ser humano e não na visão protecionista e patrimonialista, na qual a autonomia privada foi estruturada.

Isso porque o Estado, no cumprimento de seu dever, projeta-se também para proteção do indivíduo dele próprio, e assim reduz seu espaço de autonomia. A intervenção Estatal nessas áreas de atuação individual, em regra, parte de uma posição de cunho paternalista de exacerbada proteção, considerando que a pessoa não é capaz de gerir sua vida, com risco de afrontar o direito individual de liberdade, sem que estejam em causa, verdadeiramente, valores sociais maiores.

É assim que a disposição de bens fundamentais do homem sofre uma maior proteção contra atos, inclusive da própria pessoa, e gera os atuais debates, nos quais se identificam posições bastante antagônicas. Na proteção exagerada desses direitos, constata-se um grande medo de que ao conceder maior campo de autonomia à pessoa, ela possa se colocar em situação de um mero objeto que vá contra sua dignidade.

O medo da chamada «encosta escorregadia», da qual muito se fala quando se trata de eutanásia, é em verdade o medo que se apresenta nas questões de disposição de direitos fundamentais e de personalidade. Receia-se que, ao ser autorizado espaço para decisões como as que envolvem a eutanásia e o suicídio assistido nas questões de fim de vida, se esteja liberando para decisões de terceiros que se coloquem na posição de julgador de quais vidas merecem ou não ser vividas.

Assim, decisões que ficam na beira da encosta poderiam estar encaminhando para o deslizamento dessa encosta com a ampliação cada vez maior de possibilidade de disposições de direitos fundamentais do homem.

Não se desconhece os riscos envolvidos nessas decisões. Contudo, conferir liberdade e autonomia ao ser humano em momento algum pode pôr em risco sua dignidade. Acredita-se no contrário: retirar a autonomia da pessoa em questões que dizem respeito à esfera pessoal e íntima da sua vida é que estará atentando contra sua dignidade pessoal. Nem mesmo sob a justificativa de cuidado e proteção, característica do paternalismo, pode o Estado se sobrepor a decisão pessoal.

Em questões de fim de vida, é possível notar que por vezes são conferidos poucos espaços de deliberação pessoal. Partindo do pressuposto que a pretensão correta da pessoa é pela manutenção da vida, assim entendida como a existência corpórea,

entendimentos diversos são difíceis de serem compreendidos na sociedade⁷⁰¹. Essa posição é assumida pelas legislações infraconstitucionais, quer criando barreiras legais dirigidas a terceiros, no caso da eutanásia e do suicídio assistido, quer deixando de reconhecer manifestações de recusa de tratamento, para ficar com alguns poucos exemplos.

Eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia foram analisados de forma mais detalhada no capítulo segundo e aqui apenas interessa debater a questão referente ao exercício da autonomia pessoal. Na eutanásia, a morte será provocada por ato ou omissão de terceiro, enquanto que no suicídio assistido é a própria pessoa que com auxílio de terceiro comete o ato. Nos dois casos, portanto, haverá participação de terceiro, mas há necessidade de pedido da pessoa, que estaria aqui exercendo seu poder de autogoverno e decidindo pelo momento de sua morte. A punição é dirigida ao terceiro, mas estaria indiretamente diminuindo a autonomia pessoal, pois em razão da proibição, mesmo que possa tomar essa decisão e manifestá-la, não poderá agir de acordo com sua decisão.

As alterações são visíveis tanto que o assunto volta a ser tema de debate nas sociedades contemporâneas, inclusive com alteração das posições estatais iniciais. Como exemplo pode-se citar a alteração das regras do Estado americano da Califórnia, que passou a autorizar o suicídio assistido, muito em decorrência de situação fática que ganhou as mídias, da americana Brittany Maynard, que se mudou de seu estado de origem para o Oregon, com vista a realização do suicídio assistido, conforme relatado no item 2.3.1 dessa tese.

⁷⁰¹ Nesse sentido chama a atenção notícia publicada no Diário de Notícias em 02 de dezembro de 2015, referindo-se a uma decisão do tribunal britânico. A manchete dizia: "Tribunal dá direito a morrer a mulher que perdeu vontade de continuar viva. Decisão é "incomum". Mulher já tentou suicídio e está determinada a morrer por ter perdido a beleza e juventude".

No corpo da notícia, constava que uma mulher de 50 anos tentou se suicidar após ser diagnosticada com câncer de mama. A medicação ingerida provocou danos renais. Negou-se então a se submeter a diálise, decisão que foi acolhida pelo tribunal.

Nota-se pela chamada da notícia, que mesmo as recusas de tratamento, são melhores aceitas em pacientes terminais. Pode-se depreender que quando a pessoa possa ser considerada com possibilidade de uma sobrevida razoável, não se compreende a decisão de abrir mão da vida. A confirmação pelo tribunal da recusa de um tratamento invasivo, como a diálise, foi qualificada como incomum, possivelmente, porque dentre os procedimentos invasivos, a diálise hoje permite o tratamento de uma doença aguda que antes era necessariamente fatal, em um processo crônico que permite boa qualidade de vida. Nesse sentido ver referências do item 4.5.6 desta tese. Deve-se considerar, contudo, no caso concreto que a paciente já era portadora de doença grave.

TRIBUNAL dá direito a morrer a mulher que perdeu vontade de continuar viva. **DN**, 02 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/tribunal-da-direito-a-morrer-a-mulher-que-perdeu-forca-de-viver-4911874.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

A intervenção estatal aparece mesmo nas decisões de recusa ou suspensão de tratamento, que atualmente suscitam menor problema ético. Não raro, é o próprio poder público que promove ou incentiva a medida judicial, com vista à manutenção do tratamento⁷⁰².

Manter o espaço de liberdade para o exercício da autonomia pessoal e proteger contra os abusos é um desafio que se apresenta. A tarefa não é de fácil concretude, daí porque a importância de se abrir espaços para a pluralidade, devendo a proteção se dirigir para assegurar a possibilidade de efetivação das decisões pessoais.

3.5.3 Autonomia pessoal

Ingressa-se na seara psicológica de análise da capacidade de autodeterminação da pessoa de acordo com sua identidade pessoal⁷⁰³. Para além da possibilidade de se autogovernar, dentro dos limites legais que são estabelecidos, é necessário que a pessoa demonstre a capacidade para a tomada de decisão e a possibilidade de agir.

O indivíduo é um ser social e como tal sofre influências de seu meio. O desenvolvimento da personalidade tem um viés individual, que diz com o respeito ao reconhecimento da diferença, ou seja, que cada um pode buscar um caminho de desenvolvimento e deve haver espaço dentro da sociedade para a convivência de todos. Contudo, todo ser humano é um ser relacional e, como tal, o desenvolvimento de sua personalidade completa-se na interação com o meio. Ademais, somente nessa esfera social é que se pode falar em manifestações da autonomia pessoal.

A autonomia pessoal que aqui se fala diz respeito à capacidade de tomar decisões e de agir segundo a decisão tomada. Nesse sentido, a teoria da autonomia pessoal de G. Dworkin dirige-se para a análise de como é o sujeito autônomo e como se dá o exercício

⁷⁰² Nos acórdãos analisados no primeiro capítulo dessa tese e nas demais referências a casos jurídicos, em vários deles o Estado encontrava-se em um dos polos da ação, por meio de suas instituições públicas, pleiteando a manutenção dos tratamentos.

⁷⁰³ A concepção moderna diferencia a autonomia da vontade da autonomia privada, conceituando aquela como manifestação da vontade livre, reconhecendo na vontade um elemento de caráter interno das partes. É possível que a utilização desse termo, dentro dessa concepção, refira-se à autonomia que se está a tratar. Contudo, considerando os antecedentes históricos da utilização da terminologia autonomia da vontade, bem como o fato de que se dirige a manifestações de vontade que se destinavam à criação das próprias regras, opta-se pela utilização de um termo que não gere confusões, referindo-se a partir de agora à «autonomia pessoal».

dessa autonomia, reconhecendo naquele a capacidade de reflexão que permite direcionar sua vida de acordo com seus valores⁷⁰⁴.

Arrieta apresenta a teoria de Gerald Dworkin, considerando que seu desenvolvimento tornou-se um modelo para a autonomia em bioética, justamente ao perquirir sobre o seu exercício, analisando a capacidade que tem os indivíduos para refletir e valorar criticamente sobre suas preferências, desejos e interesses, podendo mesmo optar por um valor maior do que ceder ao mero desejo⁷⁰⁵.

Também quando falamos em autonomia pessoal, muitos são os conceitos aplicados. Kukla reconhece entre as muitas facetas da autonomia: a liberdade, a autodeterminação, a integridade, a independência e a ação⁷⁰⁶. Todos são importantes e podem mesmo ser analisados de forma isolada ou nas suas interações.

Assim que, na maioria das vezes, autonomia é utilizada como ideia de liberdade, ou seja, de poder escolher sem interferência externa. Trata-se, pois, de uma liberdade negativa que diz com a não ingerência. Apenas a liberdade negativa, contudo, não é expressão completa da autonomia, sendo necessária também a força positiva de agir.

⁷⁰⁴ Refere Gerald Dworkin: "I am not trying to analyze the notion of autonomous acts, but of what it means to be an autonomous person, to have a certain capacity and exercise it. I do claim that the process of reflection ought to be subject to the requirements of procedural independence, but if a person's reflections have not been manipulated, coerced, and so forth and if the person does have the requisite identification then they are, on my view, autonomous. There is no conceptual necessity for raising the question of whether the values, preferences at the second order would themselves be valued or preferred at a higher level, although in particular cases the agent might engage in such higher-order reflection. Putting the various pieces together, autonomy is conceived of as a second-order capacity of persons to reflect critically upon their first-order preferences, desires, wishes, and so forth and the capacity to accept or attempt to change these in light of higher-order preferences and values. By exercising such a capacity, persons define their nature, give meaning and coherence to their lives and take responsibility for the kind of person they are". (Livre tradução: "Eu não estou tentando analisar a noção de atos autônomos, mas do que significa ser uma pessoa autônoma, ter uma certa capacidade e exercê-la. Tenho a pretensão de que o processo de reflexão deve ser sujeito aos requisitos de independência procedimental, mas se as reflexões de uma pessoa não foram manipuladas, coercitivas, e assim por diante, e se a pessoa tem a necessária identificação, então são, no meu ponto de vista, autônomas. Não há necessidade conceitual para levantar a questão de saber se os valores, preferências de segunda ordem, deveriam ser valorizados ou preferenciais em um nível superior, embora em casos particulares, o agente pode envolver-se em tais reflexões de ordem superior. Colocando as várias peças juntas, a autonomia é concebida como uma capacidade de segunda ordem das pessoas para refletir criticamente sobre as suas preferências de primeira ordem, desejos, anseios, e assim por diante, e a capacidade de aceitar ou tentar alterar estas à luz das preferências e valores de ordem superior. Ao exercer tal capacidade, as pessoas definem sua natureza, conferem significado e coerência para suas vidas e assumem a responsabilidade do tipo de pessoa que é"). DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 20.

⁷⁰⁵ Nesse sentido ver ARRIETA, Ion. Los múltiples..., p. 67.

⁷⁰⁶ Nesse sentido: "The Many Faces of Autonomy - We often conflate a variety of notions under the heading of 'autonomy' - all are important, and they can all come apart: Liberty; Self-determination; Integrity; Independence; Agency" (Livre tradução: "As muitas faces da autonomia - Frequentemente confundimos uma série de noções, sob a denominação de "autonomia" - todas são importantes e podem vir separadas - Liberdade, Autodeterminação, Integridade, Independência e Execução"). KUKLA, Rebecca. **Autonomia**. Kennedy Institute Intensive Bioethics Course, 2012. Apresentação no IBC/39. Georgetown University.

A autodeterminação, por sua vez, é a capacidade positiva e a oportunidade de fazer uma opção consciente, processando as informações disponíveis. Já a integridade vai além da autodeterminação, pois compreende também a manutenção da coerência consigo mesmo. Pressupõem a preservação dos valores e projetos desenvolvidos ao longo da existência.

A autonomia também pode ser analisada como independência, ou seja, a capacidade de fazer agir por si mesmo, sem depender do outro.

A lei espanhola nº 39/2006, de «promoção à autonomia pessoal e atenção as pessoas em situação de dependência», define como dependência o carácter permanente em que se encontram as pessoas que, por razões de idade, enfermidade ou incapacidade, ligadas à falta ou perda de autonomia física, mental, intelectual ou sensorial, precisam da atenção e ajuda de outra ou outras pessoas para realizarem atividades da vida diária⁷⁰⁷.

Chama a atenção aqui que a lei espanhola refere-se à dependência, porque vincula o conceito de autonomia ao de independência, tanto que na definição legal refere a possibilidade de realizar as atividades básicas diárias como uma manifestação da autonomia⁷⁰⁸.

Autonomia está ligada ao eixo dependência/independência, de forma que quanto maior for a independência da pessoa, possivelmente maior seja a sua autonomia, mas não é determinante. Uma pessoa pode ser dependente e, ainda assim, manter a capacidade de autodeterminação e integridade, preservando sua autonomia.

Abreu e outros, ao analisarem questões de demência, constatam que a perda da autonomia está ligada às pessoas com dependência que perdem também a capacidade

⁷⁰⁷ Artículo 2. Definiciones. A efectos de la presente Ley, se entiende por:

2. Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal. (Livre tradução: “Artigo 2. Definições. Para efeitos da presente lei, se entende por: 2. Dependência: o estado permanente em que se encontram as pessoas que, por razões da idade, enfermidade ou incapacidade, e ligadas a falta ou perda da autonomia física, mental, intelectual ou sensorial, precisam da atenção de outra ou outras pessoas ou ajudas importantes para realizar atividades básicas da vida diária ou, no caso das pessoas com deficiência intelectual ou doença mental, de outros apoios para a sua autonomia pessoal”). ESPANHA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 39/2006, de 14 de diciembre...**

⁷⁰⁸ Artículo 2. Definiciones. A efectos de la presente Ley, se entiende por: 1. Autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria. (Livre tradução: Artigo 2. Definições. Para efeitos da presente lei, se entende por: 1. Autonomia: a capacidade de controlar, encarar e tomar, por iniciativa própria, decisões pessoais sobre como viver de acordo com as normas e preferências próprias, assim como de realizar as atividades básicas da vida diária). ESPANHA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 39/2006, de 14 de diciembre...**

cognitiva, com o que concluem que a noção de autonomia pressupõe uma maior capacidade cognitiva do que motora⁷⁰⁹. Desta forma, a dependência, por si só, em especial quando se trata de dependência física, não implica em perda da autonomia. Deve-se, contudo, reconhecer que a situação pode implicar em maior vulnerabilidade, de forma que as pessoas próximas devem estar atentas, permitindo e até mesmo trabalhando para que a autonomia do indivíduo seja preservada.

Já a ação é o poder de estar no comando, respondendo pelas suas ações. Exige tanto a capacidade de poder agir como também a de assumir a responsabilidade por essas suas decisões e ações.

Esses elementos se conjugam ou podem ser identificados de forma isolada e a falta de um não necessariamente implica na total ausência de autonomia. Para o reconhecimento da autonomia pessoal, contudo, é importante que a pessoa tenha a capacidade para a tomada de decisão com liberdade e que possa agir de acordo com o que foi por ela deliberado.

Não se desconhece que a total ausência de interferências externas é na verdade impossível. *“Aspectos biológicos, motivos inconscientes e fatores socio-ambientais moldam, expandem e limitam a autonomia individual”*⁷¹⁰. Desta forma, quando se fala em pessoa autônoma, não se pode esperar a ausência completa de fatores externos que possam influenciá-la, mas presume-se a capacidade de tomar decisões sem coerção externa, ou seja, que a decisão seja em decorrência de sua avaliação racional.

⁷⁰⁹ Nesse sentido: “O cruzamento dos resultados destas escalas funcionais com avaliações minuciosas da capacidade cognitiva pode indicar que a dependência pode ser mais bem caracterizada cognitivamente. Assim sendo teremos: supostamente, duas categorias distintas: um grupo com perda da capacidade de se cuidar, mas com preservação cognitiva, e outro grupo com perda da capacidade de se cuidar e com deterioração da capacidade cognitiva. Este exercício de categorização permite hipotetizar uma diferença qualitativa entre aqueles que se mostram dependentes de um terceiro. Supostamente a dependência no primeiro grupo preserva pontos essenciais na autonomia, ou seja, capacidade de falar, pensar e se responsabilizar pelos seus atos entendidos aqui como expressão de desejo e não como ação motora. Atribuímos, assim, para a noção de autonomia uma maior aptidão cognitiva do que motora, e deixamos para a dependência, a noção de perda da capacidade motora, ainda que em extremos elas possam figurar como sinônimos. Nestes termos podemos sustentar que autonomia pode ser incluída no eixo dependência/independência. Quanto maior for o grau de independência maior a probabilidade de autonomia, mas, em condições de dependência parcial, o sujeito ainda assim pode ter sua autonomia preservada dependendo dos arranjos sociais que ele for capaz de fazer. O paradoxo dependência/autonomia não deve ser considerado, a princípio, como contradição; e sim, como oposição não excludente. Arranjos sociais no contexto dos contratos sociais podem viabilizar aumento da qualidade de vida e consequente aumento da autonomia”. ABREU, Izabella Dutra; FORLENZA, Orestes Vicente; BARROS, Hélio Lauer de. Demência de Alzheimer: correlação entre memória e autonomia. **Revista de Psiquiatria Clínica**, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 131-136, maio/jun. 2005. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v32n3/a05v32n3.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

⁷¹⁰ Cfr. ALMEIDA, Marcos de. Comentários..., p. 65.

A voluntariedade é requisito do exercício autônomo e poderá estar afetada por pessoas que se encontrem vulneráveis. Vulnerabilidade, por sua vez, diz com o estado de fragilidade. Pode ser constatada em maior ou menor grau, de forma a atingir ou não a autonomia da pessoa. Costuma-se identificar grupos vulneráveis, como aqueles que por determinada condição pessoal ou social encontram-se fragilizados.

Reconhece-se que toda a pessoa humana é passível de ser atingida, tanto física como intelectualmente, de forma que poderíamos considerar que todas as pessoas vivas são de alguma forma vulneráveis. Contudo, não é essa vulnerabilidade da humanidade que está em debate aqui, mas das pessoas que estão em posições mais suscetíveis de serem atingidas, ou os propriamente vulneráveis que de fato foram atingidos e, em especial, os que não tiveram capacidade de se desenvolverem, dentre os quais se inclui *v.g.*, crianças, doentes mentais e deficientes⁷¹¹.

Dentro dessa ideia, a pessoa doente, sem dúvidas, fica mais vulnerável, considerando que em função da doença está fragilizada⁷¹². Mas a doença por si só não significa que tenha perdido sua autonomia, senão que é necessário maior cuidado na

⁷¹¹ *Crf.* BRAZ, Marlene; SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética e pesquisa em saúde mental. **Ciê. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.16, n. 4, abr. 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org.ez45.periodicos.capes.gov.br/10.1590/S1413-81232011000400002>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

⁷¹² Situação bastante peculiar esteve na pauta da mídia no Brasil no segundo semestre de 2015. Houve divulgação da existência de uma nova droga «**fosfoetanolamina**» desenvolvida na Universidade de São Paulo – USP, que poderia auxiliar no tratamento do câncer, uma vez que a substância agiria no sistema anaeróbico, fazendo com que a célula entrasse em morte programada, segundo seu criador. Embora sem resultados clínicos comprovados nem aprovação pela ANVISA, em meio a informações conflitantes, doentes com câncer manifestaram a intenção de utilizá-la. A USP negou-se a fornecer a substância porque não foram completados os estudos clínicos. O pesquisador Gilberto Chierice sustenta que todas as fases necessárias para comprovar a eficiência do medicamento foram observadas, embora reconheça que não as etapas estabelecidas pelas agências reguladoras brasileiras.

Houve o ingresso de várias ações, contra a Universidade, inicialmente em São Paulo e depois nos demais Estados brasileiros, solicitando o fornecimento da droga. Argumentos que não havia pesquisa concluída sobre a nova droga não impediram que pessoas em tratamento de câncer pretendessem utilizá-la. Liminares foram concedidas sob o argumento de que a pessoa já não tinha outras esperanças. Nesse sentido, ver referências às liminares concedidas em RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Novas ações pedindo liberação de fosfoetanolamina são julgadas**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=292764>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

Além dos problemas éticos e jurídicos envolvidos, interessa aqui demonstrar a condição de possível vulnerabilidade a que está sujeito um paciente em fase terminal. Na situação relatada, independente de discussão a respeito do medicamento ter ou não eficácia, o fato é que os pacientes estão dispostos a servirem de cobaias (na medida em que o medicamento não foi aprovado), em situação fora de uma pesquisa regular com seres humanos e aprovada pelos Conselhos de Ética na pesquisa. Embora seja uma verdade, que diante do possível grau de benefício associado e baixo risco considerando que a pessoa já está em fase terminal da doença, muitos desses pacientes se sujeitem a experiências com novos medicamentos, essas pesquisas devem observar as regras legais/administrativas, iniciando pela aprovação nos Comitês de Ética hospitalares. Utilizar a situação do doente terminal, de forma desordenada e sem o prévio consentimento livre e esclarecido, não se apresenta como uma conduta ética. Sobre o tema ver reportagem MELO, Itamar. Laboratório do estado não tem dinheiro nem experiência para pesquisar. **Zero Hora**, 20 nov. 2015.

interação da equipe de saúde e paciente, como forma de restaurar a confiança própria e permitir que participe do processo de tomada de decisão.

Assim, é possível que a manifestação ocorra já dentro do ambiente hospitalar, decorrente de internação por motivo de doença grave. Apesar da possível vulnerabilidade decorrente da situação exposta, é necessário verificar se há manutenção da autonomia. Não se desconhecem os riscos envolvidos quando a manifestação surge em um momento de maior vulnerabilidade e por consequência de maior possibilidade de que a pessoa venha a ser coagida. Cuidados se fazem necessários. Daí porque a regulamentação coerente com as boas práticas que permitam o exercício do direito e assegurem a liberdade da manifestação são necessárias.

Ao se falar em exercício de autonomia deve-se ter em conta a possibilidade do autogoverno se estender para casos em que não há mais possibilidade de se manifestar.

Assim, uma pessoa capaz pode projetar sua vontade, utilizando-se de instrumentos legais que autorizem essa manifestação.

Os testamentos são negócios jurídicos que bem exemplificam uma manifestação de vontade projetada no tempo. São feitas disposições com relação aos bens do titular para que somente tenham efeito depois de sua morte. Por meio desse instrumento, pois, a pessoa tem condições de manter sua esfera de autonomia mesmo para depois de sua morte.

Naturalmente que, para tal projeção, exige-se também a capacidade legal, como um requisito que permitirá presumir a validade da manifestação expressa⁷¹³.

Trata-se aqui de uma projeção da vontade do titular dos bens para a forma como gostaria que fossem partilhados quando de sua morte. Permite que o titular usufrua todos os seus bens em vida e que projete para quem, o que e quanto deixar, o que terá eficácia apenas com a morte, com o que não lhe retira nenhum direito sobre seus bens durante sua vida.

Naturalmente que a projeção da vontade encontra vários problemas, quer no momento da manifestação, quer no momento da execução. No momento da manifestação, os problemas que se verificam dizem respeito à falta de base fática

⁷¹³ É interessante como a lei brasileira, ao tratar dessa projeção de autonomia, estabelece um critério etário menor, considerando capazes os maiores de dezoito anos. Nesse sentido Código Civil brasileiro: CAPÍTULO II - Da Capacidade de Testar. Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. **Podem testar os maiores de dezoito anos.** BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002...**

consolidada, impondo para além das ponderações necessárias pensar nas hipóteses passíveis de ocorrerem e a decisão de acordo com cada uma delas.

Nas questões de ordem patrimonial, muitos já são os problemas envolvidos, tanto para a análise dos requisitos de validade do documento, que consideram o momento da confecção do documento, quanto para os de eficácia, pois são realizados com base na projeção e não na situação real.

Contudo, quando se tratam de projeções de natureza patrimoniais, não se constata maiores problemas com relação à necessidade de vivência de situações que lhe permitam uma decisão, como no caso dos cuidados de saúde.

No primeiro capítulo dessa tese, ao tratar das diretivas antecipadas, já se referiu que do ponto de vista psicológico não se mostra possível a antecipação sem a vivência das circunstâncias concretas do que se pretende antecipar.

Em decisões de caráter existencial, diversamente das patrimoniais, as projeções para circunstâncias de vida sem base concreta são mais difíceis, até porque para a tomada de decisões dessa natureza há envolvimento da vontade, dos desejos e das crenças que não se permitem projetar.

Para além disso, especificamente no que diz respeito aos tratamentos que se pretende ou não se submeter no fim de vida, há maior dificuldade, pois dentro da gama de situações que poderão ocorrer não há como prever todas as possibilidades e as consequentes decisões.

Daí porque, a exemplo dos testamentos que envolvem bens patrimoniais, também manifestações que projetem a vontade do titular sobre algum bem ou direito seu, para validade no futuro, são consideradas eminentemente revogáveis, isso é, podem ser alteradas ou mesmo desconsideradas a qualquer tempo.

É assim que a projeção para a recusa ou aceitação de tratamento em fim de vida poderá ser revogada pela pessoa, por qualquer meio, antes de ser realizado, se conseguir se manifestar. Mesmo um documento escrito poderá ser revogado por uma simples manifestação de negação com a cabeça. Pretende-se dizer, com isso, que a projeção terá validade se não houver outra manifestação. Contudo, por estar enfrentando o momento se a decisão for diversa da projetada, valerá a atual.

Não se diga dessa forma que a diretiva antecipada não tem razão de ser. Muitas são as circunstâncias de fim de vida que a manifestação prévia terá o efeito desejado e certamente valerá para dar indicação de qual seria a decisão da pessoa no momento em

que não possa mais se manifestar. Como se verificou nos acórdãos analisados no item 1.6 dessa tese, o impasse maior residia na ausência dessas manifestações.

Nesse sentido, pesquisas realizadas constataram que a maioria das pessoas gostaria de poder declarar suas crenças e valores que permitissem uma decisão de acordo com elas, muito mais do que listar uma série de medidas e procedimentos que estão dispostas ou não a se submeter. A figura do procurador de saúde, que completará a vontade do declarante, acaba adquirindo relevância justamente porque possibilitaria a indicação geral, deixando ao encargo desse suprir as lacunas ou adequar as manifestações a situação real⁷¹⁴.

3.5.4 Autonomia e decisões de cuidados de saúde e fim de vida

Quando falamos em autonomia pessoal na área dos cuidados com a saúde, é importante verificar as situações peculiares envolvidas.

A autonomia como uma manifestação da liberdade pessoal permite à pessoa se autogovernar. A possibilidade da pessoa se autodeterminar nas questões que digam respeito ao seu próprio corpo, sua saúde e sua vida deve ser reconhecida.

A questão, contudo, é bastante complexa na medida em que se está a tratar de bens fundamentais do ser humano.

Embora se pretenda falar na autonomia que parte de cada pessoa, há que se reconhecer a importância da vida relacional. Mesmo que a decisão seja baseada nas próprias convicções, estas surgem ao longo do desenvolvimento da personalidade e formação da identidade pessoal, que ocorre na interação com o outro e com o meio social no qual a pessoa está inserida. Também a decisão será proferida nesse contexto familiar e social no qual a pessoa se encontra.

Assim, o conceito de autonomia relacional referida por Arrieta é importante nas questões que dizem respeito às decisões em matéria de cuidados com a saúde, devendo

⁷¹⁴ Nunes e Anjos, analisando a pesquisa realizada por Hawkins referem: “O desejo da maioria dos entrevistados era expressar preferências de maneira geral, tais como valores e metas de cuidado, em adição a/ou em lugar de preferências por tratamentos médicos específicos, e também permitir ao representante legal certa liberdade no processo de tomada de decisão. Ou seja, os pacientes se mostraram mais interessados em transmitir seus valores e metas de cuidado do que especificar tratamentos e intervenções. Mais da metade disse que era definitivamente necessário registrar seus desejos na DAV. Os autores apontam, contudo, que o formato da maioria desses documentos não reflete essa prioridade e advertem ser importante que os profissionais e provedores de saúde, bem como os pesquisadores e os responsáveis pelas políticas públicas, reconheçam essa possibilidade”. NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas..., p. 249.

ser considerada a situação peculiar e a necessidade de interação com os profissionais que estejam atendendo o paciente⁷¹⁵.

Importante, pois, a teoria do consentimento informado desenvolvida tanto na área assistencial como investigativa, estabelecida exatamente diante do reconhecimento da importância do respeito à pessoa e a sua capacidade de autodeterminação.

Cabe reforçar a contribuição da bioética para o caminho trilhado na tomada de decisões em matéria de cuidados de saúde, que apresenta como forte referencial teórico a autonomia, reconhecendo na pessoa do paciente a capacidade de determinar-se em questões que dizem com sua vida e o viver.

O termo de consentimento informado é o instrumento pelo qual se externa o exercício dessa autonomia. Daí porque é importante que não seja considerado como uma mera etapa burocrática, de um documento a ser assinado, nem utilizado como forma de praticar uma medicina defensiva, mas como verdadeiro processo que permite conferir à pessoa elementos que permitam a tomada de decisão de acordo com suas próprias convicções.

É importante que o paciente compreenda sua situação e as opções médicas disponíveis, estando apto a deliberar sobre elas. Daí porque a informação como repasse do conhecimento é essencial para o exercício da autonomia.

Embora seja primordial a informação, pois sem ela não poderá haver entendimento, é preciso verificar se o que foi repassado foi entendido. E mais que isso, necessário que se promova o desenvolvimento de elementos, tais como a autodeterminação, a integridade e a ação de que se falou no tópico acima. Em matéria de

⁷¹⁵ Rerere Arrieta: "Una comprensión global de la autonomía requiere investigar, entre otras cosas, si las percepciones que influyen y condicionan la toma de decisiones son afectadas por entornos institucionales como clínicas, hospitales o laboratorios, de qué modo la fragilidad de la enfermedad o el hecho de la hospitalización pueden reordenar o confundir los valores e identidades de los pacientes, cómo las diferencias significativas de poder y dependencia entre profesionales y usuarios influyen en las condiciones de la elección, o si la comprensión de los beneficios, los riesgos, la discapacidad, la funcionalidad o el bien estar son comunes o compatibles entre los que prestan y los que reciben atención profesional o entre los que realizan y participan en la investigación, aspectos todos estos de orden empírico y contextual que han de ser trabajados, ya que el solo análisis de las nociones éticas, aunque esencial, no satisface esta necesidad". (Livre tradução: "Uma compreensão abrangente da autonomia requer investigar, entre outras coisas, se as percepções que influenciam e condicionam a tomada de decisão são afetadas por ambientes institucionais tais como clínicas, hospitais ou laboratórios, de que modo a fragilidade da doença ou o fato da internação podem reordenar ou confundir os valores e identidades dos pacientes, como as diferenças significativas de poder e dependência entre profissionais e usuários influenciam nas condições da eleição, ou se a compreensão dos benefícios, dos riscos, da deficiência ou funcionalidade ou o bem-estar são comuns ou compatíveis entre os que oferecem e os que recebem cuidados profissionais ou entre aqueles que realizam e participam da investigação, todos esses aspectos de ordem empírica e contextual devem ser trabalhados, já que somente a análise das noções éticas, embora essencial, não atende a essa necessidade"). ARRIETA, Ion. Los múltiples..., p. 89.

cuidados da saúde é importante a promoção desses elementos, mesmo que, por exemplo, a independência da pessoa esteja comprometida.

Não raro em situações de doença, a pessoa poderá ter sua independência comprometida, ou mesmo a sua integridade, pois a doença tem o potencial de romper com a forma de vida que está posta.

De fato, os elementos que gravitam em torno do conceito de autonomia pessoal poderão estar mesmo em conflito, de forma que para além de uma mera formalidade de se ter a declaração de consentimento, é preciso que esse processo sirva como forma de fortalecer a autonomia pessoal. O profissional da saúde, portanto, terá também um importante papel na promoção da autonomia do paciente, devendo incentivar a autoeducação e estimular o pensamento crítico.

O consentimento do paciente é, portanto, indispensável em matéria de cuidado da saúde, apresentando-se *“como um exercício de sua liberdade, ressonância da autonomia, e, portanto, da própria dignidade”*⁷¹⁶.

Ainda, apenas se estará falando em decisão autônoma, na medida em que o paciente tome sua decisão sem coação ou manipulação pelos outros, seja o profissional da saúde, sejam seus familiares. Porém, é de se ter o cuidado de interagir com ele, de forma que a liberdade concedida para promoção de sua autonomia não seja confundida com abandono.

Se o modelo paternalista de interação já está defasado, também repassar toda a responsabilidade para o paciente não é a forma mais adequada. Daí porque, nesses modelos de interação, Sgreccia indica como modelo a ser privilegiado o deliberativo, tal como se apresentou ao final do item 1.3.

Quando se está falando em relação médico-paciente e na necessidade de se tomar decisões na área médica, tem que ser considerado o atual paradigma, transposto do atendimento paternalista para o de respeito à autonomia individual do paciente⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Cfr. SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João B. de; SOUZA, Paulo V. Sporleder. Capacidade... p. 42.

⁷¹⁷ Na concepção clássica não há lugar para o consentimento informado, pois o paciente é visto como inferior do ponto de vista da capacidade de decidir o que é medicinalmente melhor para si. O médico seria o portador solitário do conhecimento e por isso mesmo deve proteger o paciente e tomar para si as escolhas do tratamento.

Cfr. HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O direito de autodeterminação do paciente. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 37, n. 118, jun. 2010. Disponível em:

<<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/a480/a508/ac5e?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

O respeito à autonomia como pilar da bioética e, portanto, do agir médico, aponta para significância do direito de autodeterminação do paciente como concretização de sua dignidade. Pressupõe a centralidade do paciente e da sua vontade nessa relação, contudo, reconhecendo que essa autonomia será sempre exercida com os outros.

Na autonomia relacional que Arrieta propõe, considera o sistema complexo que é o ser humano, reconhecendo a necessidade de manter a identidade do agente autônomo e o seu desempenho no meio ambiente. Considera, assim, tanto os aspectos constitutivos como interativos dessa autonomia⁷¹⁸.

Com efeito, ao tratar do exercício da autonomia nas questões que dizem respeito à saúde do indivíduo, é primordial reconhecer os aspectos interativos, em especial com relação à equipe médica e à entidade familiar mais próxima, que também exerce influência nessa decisão.

Contudo, quando não puder mais interagir nem se comunicar deve-se ter o cuidado para que todos os valores, crenças e desejos desenvolvidos ao longo da vida não sejam simplesmente desconsiderados. Nesse passo, as diretivas antecipadas são um instrumento de maior importância para permitir a manutenção da autonomia da pessoa nas decisões que digam respeito a sua vida e sua saúde.

⁷¹⁸ O autor apresenta o conceito com o qual trabalha que considera a interação com o meio. Nesse sentido refere: "En nuestro grupo de investigación estamos desarrollando un concepto de autonomía como el mantenimiento en el tiempo de una identidad por medio de la interacción con el entorno. Más que simplemente la capacidad para el autogobierno, vemos la autonomía como la manera en que ciertos sistemas complejos logran mantener una identidad precaria mediante la generación de acciones que garanticen esa persistencia. Lo que el agente hace (conducta) está en última instancia relacionado con lo que el agente es (organización), y viceversa. Desde esta perspectiva, lo más importante es la relación mutua entre el mantenimiento de la identidad de un agente autónomo – una persona humana, en este contexto – y su desempeño en el medio ambiente. De ahí que en la definición de identidad del agente autónomo sean imprescindibles tanto sus aspectos constitutivos de organización del sistema, como sus aspectos interactivos, la relación con el entorno". (Livre tradução: "Em nosso grupo de pesquisa, estamos desenvolvendo um conceito de autonomia como a manutenção ao longo do tempo de uma identidade por meio da interação com o meio ambiente. Mais do que simplesmente capacidade de autogoverno, vemos a autonomia como a forma como certos sistemas complexos não conseguem manter uma identidade precária, gerando ações para garantir essa persistência. O que o agente faz (comportamento) é, em última análise, relacionado com o que o agente é (organização) e vice-versa. A partir desta perspectiva, o mais importante é a relação mútua entre a manutenção da identidade de um agente autônomo - uma pessoa humana, neste contexto - e seu papel no ambiente. Daí que, na definição da identidade de agente autônomo, são imprescindíveis tanto seus aspectos constitutivos de organização do sistema, como os aspectos interativos, a relação com o ambiente"). ARRIETA, Ion. Los múltiples..., p. 90.

3.5.4.1 Capacidade para tomada de decisão em matéria de cuidados de saúde

Na área jurídica, é comum falar-se em personalidade e em capacidade, distinguindo-se essa em «de direito» e «de fato»⁷¹⁹.

Personalidade pode ser vista em dois aspectos. Um subjetivo, que é a qualidade inerente ao ser humano que lhe confere a titularidade de direitos e deveres, permitindo participar de negócios jurídicos; e outro objetivo, que é o conjunto de atributos do ser humano que lhe confere dignidade e como tal é objeto de proteção pelo Estado⁷²⁰.

Capacidade de direito seria a projeção da personalidade no mundo jurídico e, como tal, atributo da personalidade, enquanto que a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão da pessoa física para praticar diretamente os atos e negócios jurídicos⁷²¹.

Legalmente, o que diferencia o fato de uma pessoa ter ou não capacidade é a possibilidade de praticar, ou não, pessoalmente os atos da vida civil, sem a necessidade de assistência ou representação. O incapaz, em regra, só pode praticar o ato ou o negócio por meio de seu representante ou mediante o auxílio de seu assistente.

A pessoa capaz é considerada pelo direito como dotada de condições psíquico-físicas suficientes à compreensão das consequências dos seus atos. Considera a lei, por isso, que a pessoa natural capaz sabe sopesar convenientemente seus interesses e, em função disso, nortear suas decisões. *“Tem maturidade, experiência de vida e hábeis meios de*

⁷¹⁹ Para alguns doutrinadores, na verdade, há uma coincidência entre os conceitos de personalidade e capacidade de direito de forma que poderíamos falar apenas em personalidade (aptidão para prática de atos jurídicos) e em capacidade (possibilidade de praticar “por si” atos e negócios jurídicos). Optou-se por apresentar a divisão da capacidade, pois é a mais difundida doutrinariamente.

⁷²⁰ Refere Teixeira: “Personalidade e capacidade são dois conceitos clássicos do direito civil. A primeira exprime a possibilidade de alguém participar de relações jurídicas, decorrente de qualidade inerente ao ser humano que lhe confere a titularidade de direitos e deveres. [...] Atualmente, a personalidade passou a ser vista sob dois vértices: um subjetivo e outro objetivo. Sob o primeiro, a personalidade é tomada como aptidão para a titularidade de situações jurídicas, ou seja, como pressuposto do exercício de direitos e deveres [...] aplicável tanto a pessoa natural quanto à jurídica. Já sob o vértice objetivo a personalidade é tomada como objeto de proteção do ordenamento jurídico, como um conjunto de atributos inerentes ao ser humano, que garantem a sua integridade e a sua dignidade. Assume então a posição central do nosso ordenamento jurídico e torna-se objeto de proteção através dos direitos de personalidade – o que é inerente apenas a pessoa natural”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 33, p. 4, jan./mar. 2008.

⁷²¹ Prossegue Teixeira: [...] Capacidade de direito (capacidade jurídica, civil, de gozo ou legal) é a projeção do valor personalidade no mundo jurídico, bem como um atributo da personalidade. [...] Capacidade é então a manifestação dos poderes de ação inerentes à personalidade, constituindo-se em medida jurídica desta. [...] Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm capacidade jurídica. Capacidade de exercício (ou de fato, geral, plena) é a aptidão “para a prática dos atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia que as pessoas têm”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade..., pp. 4-5.

*comunicação que afastam, presumivelmente, a possibilidade de vir a praticar ato ou negócio jurídico prejudicial aos seus direitos ou interesses*⁷²².

Capacidade não se confunde com legitimidade, casos que a lei apenas legitima a prática de negócio com a concordância de outro, em proteção a terceiro – a pessoa é capaz, mas não tem legitimidade para certo ato sem o concurso de vontade de outrem. Também não diz com vulnerabilidade, que é quando a pessoa está em situação de desigualdade diante de outra pessoa economicamente ou pessoalmente mais forte, que a fragiliza.

A regra no direito é a capacidade, sendo a incapacidade uma exceção determinada pela idade ou por doença, que a reduza ou retire. Para tanto, é estabelecido um regime de proteção ao incapaz direcionado em especial para as questões patrimoniais, visando também a proteção dos negócios jurídicos praticados, com vistas a conferir maior segurança às relações jurídicas.

No que diz respeito aos direitos existenciais, próprios dos direitos de personalidade, Teixeira fala em necessária flexibilização das categorias jurídicas instituídas pelo regime das incapacidades, com o escopo de dar concretude aos espaços de autonomia que podem se efetivar por meio do discernimento e da maturidade do incapaz. Refere que *“se alguns direitos, mais que outros, são concebidos com a finalidade do desenvolvimento da pessoa humana, não há modo de reconhecer (abstratamente) um destes sem conceder, também, a possibilidade de exercitá-los”*⁷²³. Assim que, para decisões de caráter existencial, nem sempre a capacidade legal estará de acordo com a capacidade de fato, podendo o incapaz ter discernimento e maturidade para decisão, dependendo da situação concreta que se apresente⁷²⁴.

A incapacidade em razão da idade é estabelecida de forma objetiva, presumindo que por não ter alcançado determinada idade, a pessoa ainda não está suficientemente amadurecida para tomar decisões por si mesmo, referente à disponibilização de bens ou

⁷²² Cfr. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 158.

⁷²³ Cfr. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiências psíquicas e curatela: reflexões sob o viés da autonomia privada. **Revista de Direito das Família e Sucessões**, Porto Alegre, n. 7, p. 70, dez. 2008/jan. 2009.

⁷²⁴ O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei brasileira nº 13.146, que se destina a assegurar e promover os direitos e as liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, com vistas à sua inclusão social e cidadania, prevê a possibilidade de interação da pessoa, mesmo que portadora de deficiência, na tomada de decisões que digam respeito a sua vida e saúde. Nesse sentido, o art. 12 da referida lei estabelece a necessidade de consentimento informado para procedimentos médicos, estabelecendo no seu parágrafo primeiro que se essa pessoa encontra-se em situação de curatela, ainda assim deve ser assegurada sua participação para a obtenção do consentimento, no maior grau possível. BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015...**

interesses. O critério atual utilizado por países como Brasil e Portugal é de dezoito anos para a capacidade plena e dezesseis anos para a capacidade relativa. O critério não é cientificamente comprovado, mas tem componentes psicológicos e morais indicativos para o seu estabelecimento. Leva em consideração o estágio de desenvolvimento sócio-mental do indivíduo estabelecendo um padrão, muito embora esse desenvolvimento varie de pessoa para pessoa.

Claro que a capacidade legal estabelecida não diz necessariamente com maturidade. Pessoas maiores de idade podem não ter maturidade suficiente para enfrentar determinadas situações da vida cotidiana e tomar decisões, enquanto que pessoas com menor idade podem mostrar-se como absolutamente autônomas na condução da vida. O critério de maturidade, portanto, dependerá do grau de desenvolvimento psicológico que se mostra diverso de pessoa para pessoa.

A capacidade legal também não está necessariamente atrelada à vulnerabilidade que pode se mostrar em diversas circunstâncias.

Uma pessoa doente, embora maior e legalmente capaz, em razão da própria doença que em regra retira o controle total, pode apresentar-se vulnerável, enquanto que, em determinadas circunstâncias, uma pessoa legalmente incapaz ou relativamente capaz em razão da idade pode mostrar-se apta a tomada de decisão.

No outro extremo, temos a questão da capacidade do idoso, que em função da idade avançada tem, por vezes, sua capacidade de exercício prejudicada. Com vistas a conferir maior proteção, é preciso ter cuidado de não se retirar a autonomia. Embora situações de maior vulnerabilidade possam ocorrer em função da idade, não é a regra, pois a idade não retira a autonomia da pessoa⁷²⁵.

A capacidade para tomada de decisões em matéria de cuidados de saúde, pois, não diz com a capacidade etária, mas com a possibilidade de envolver-se com o assunto, compreender o que se passa, avaliar as alternativas que forem propostas e comunicar sua preferência.

⁷²⁵ Nesse sentido, merece crítica, por exemplo, a manutenção no Código Civil brasileiro de regra que impõe determinado regime de bens no casamento para maiores de setenta anos, estabelecida como uma forma de proteção, mas que desconsidera a capacidade de autodeterminação de pessoa maior, mostrando-se como uma regra de claro caráter paternalista, que não considera as condições individuais. Dispõe o Código: Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010). BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002...**

Não tem a ver com a idade cronológica da pessoa. Assim, o fato de ter atingido a maioridade por si só não garante que tenha condições de tomar decisões nessas condições. Igualmente, uma pessoa que já tenha alcançado anteriormente a capacidade pode perdê-la em função da própria idade – envelhecimento – ou de outros fatores como doença neurológica. Salienta-se que a idade avançada, por si só, não implica obrigatoriamente em perda da capacidade de tomar decisões. Ao contrário, pode ser fator de melhor compreensão do processo como um todo⁷²⁶.

O importante para esse conceito de capacidade é que o paciente compreenda a situação na qual se encontra, distinga as opções disponíveis e faça a apreciação do que melhor lhe convém, considerando suas crenças e interesses.

Mas apenas essa capacidade não é suficiente para configurar o agir autônomo da pessoa. É necessário que não haja condicionadores externos que sirvam como componentes de coação, de forma que a manifestação deve ser livre. *“Os únicos condicionantes admitidos são os da própria consciência do paciente”*⁷²⁷.

Como se analisa, pois, a autonomia pessoal, em especial direcionada para a tomada de decisões em matéria de cuidados de saúde, não está vinculada a questões de capacidade ou incapacidade legal, mas diz com um componente psicológico que demonstra a possibilidade de compreensão da situação, das opções que se apresentam, de tomar a decisão de acordo com seus interesses e de agir desta forma.

Com relação às DA's, porém, haverá também que ser considerada a capacidade legal, considerando as peculiaridades deste negócio jurídico, em especial o fato da necessidade de projetar decisões, bem como a importância de critérios objetivos para a análise de validade.

3.6 Disposição do próprio corpo: vida e integridade física x liberdade

A vida é direito fundamental de destaque, ao qual se confere prioridade quando em conflito com outros direitos. Sua supremacia, contudo, vem cedendo diante da importância atribuída a outros direitos como a liberdade e consequente autonomia da pessoa. Não sem razão, na medida em que direito à vida que se pretende proteger deve

⁷²⁶ Cfr. GOLDIM, José Roberto. O consentimento..., p. 114.

⁷²⁷ Cfr. SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e biodireito: podemos, legitimamente, pensar em um direito de morrer? **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 184, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

ser analisado dentro do contexto de direitos fundamentais que são propostos e não de forma isolada.

Os problemas suscitados quando envolvida a renúncia ao direito à integridade física e, em especial, à vida, são conhecidos. Mesmo que partindo do seu titular, considerando as consequências que podem advir do ato, é necessário que se tenha cuidados especiais. Novais reconhece que com relação a direitos dessa natureza, como é o caso do direito à vida, possa ser difícil de ser aceita a renúncia, em especial porque, na prática, implica na sua extinção⁷²⁸.

No momento em que esse direito entra em choque com direitos de liberdade, que permitem a pessoa seguir suas próprias crenças e valores, não raro esses prevalecem⁷²⁹.

A luta entre a posição tradicional de absoluta indisponibilidade da vida humana e a crescente ênfase da autodeterminação do paciente precisa ser redimensionada. Com base no princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, a indisponibilidade

⁷²⁸ Refere o autor ao tratar da questão relativa a renúncia dos direitos fundamentais: “Nem se diga que uma concepção não restritiva do conceito é supérflua, na medida em que as modalidades mais ambiciosas de renúncia seriam, imediatamente, ou inviáveis ou inadmissíveis. De facto, quem poderá hoje negar que, mesmo relativamente aos bens de direitos fundamentais mais valiosos, a solução do problema da admissibilidade não é pacífica. Basta atentar na ineliminável controvérsia, também jurídica e constitucional, sobre certas modalidades de renúncia ao direito à vida, onde, pela própria natureza do bem em causa, é, ou pode ser, irrelevante qualquer daquelas distinções, pelo que aquilo que é aí discutível é a admissibilidade de renúncia ao direito fundamental como um todo, independentemente de se saber se o que está em causa é uma renúncia à titularidade ou ao exercício do direito, uma renúncia ao bem protegido ou ao próprio direito, pois, pela natureza das coisas o que resulta irremediavelmente afectado pela renúncia é o direito à vida na tua totalidade.” NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...**, p. 220.

⁷²⁹ Refere Diogo Gracia: “Es bien sabido que en las últimas décadas este punto de vista há perdido casi toda su fortaleza, y que hoy se considera que no es correcto colocar la vida por encima de otros valores, como el religioso o el de libertad de conciencia. En las sociedades burguesas, y no hay duda que las nuestras lo son, el valor libertad cobra cada vez mayor protagonismo, hasta convertirse en uno de los fundamentales, si no el más importante. Es obvio que la libertad tampoco es un bien absoluto, y que tiene que ceder a veces cuando entra en conflicto com otros valores. De ahí la dificultad de articular el binomio vida-libertad. Esse conflicto se resolvía tradicionalmente a favor de la vida, en tanto que hoy cobra cada vez mayor importancia el repeto de la libertad incluso a costa de la vida. Las legislaciones de nuestros países van evolucionando en esse sentido, pero lentamente. Lo cual hace que en ciertos momentos resulten ambiguas y confusas”. (Livre tradução: “É bem sabido que nas últimas décadas este ponto de vista perdeu quase toda a sua força, e que hoje se considera que não está correto colocar a vida acima de outros valores, como o religioso e o de liberdade de consciência. Nas sociedades burguesas, e não há dúvidas de que as nossas o são, o valor liberdade cobra cada vez maior protagonismo, até se converter em um dos fundamentais, senão o de maior importância. É óbvio que tão pouco a liberdade é um bem absoluto, e as vezes tem que ceder quando em conflito com outros valores. Daí a dificuldade de articular o binômio vida-liberdade. Esse conflito se resolvia tradicionalmente em favor da vida, enquanto que hoje é cada vez maior a importância do respeito a liberdade mesmo a custo da vida. As legislações de nossos países vão evoluindo nesse sentido, mas lentamente. O que faz com que em certos momentos resultem ambíguas e confusas”). GRACIA, Diego. Ética y toma de decisiones en el final de la vida. In: PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; SCHLEMPER JR., Bruno (Org.) **Bioética, saúde, pesquisa e educação**. v. 1. Brasília: CFM/SBB, 2014. p. 225.

perde seu caráter de prescrição absoluta, passando a ser moldado de acordo com as regras constitucionais⁷³⁰.

As Testemunhas de Jeová que se negam a se submeter a transfusões de sangue, mesmo em situações emergenciais, por motivos religiosos, são um bom exemplo dos problemas suscitados pelos conflitos entre direitos fundamentais. O direito à liberdade religiosa como expressão da liberdade individual foi conquistado ao longo do tempo e é hoje direito fundamental reconhecido.

Diante de tal reconhecimento, não cabe ao Estado questionar a correção ou não da crença seguida. O que interessa é o direito de cada um de se orientar de acordo com suas próprias convicções⁷³¹.

Esse debate já chegou aos tribunais. As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul servem para ilustrar o caminho trilhado no reconhecimento da autonomia do paciente. Enquanto as primeiras decisões foram no sentido da supremacia do direito à vida⁷³², decisões mais recentes encaminham-se para reconhecer o direito da pessoa,

⁷³⁰ Cfr. BUSNELLI, Francesco Donato. Problemi Giuridici di fine vita tra natura e artificio. **Revista di Diritto Civile**, Padova, v. 57, n. 2, p. 161-162, mar./apr. 2011.

⁷³¹ Importante as análises realizadas por Barroso: “As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas. Daí a interdição à transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes. Tal visão tem merecida crítica severa de adeptos de outras confissões e de autores que têm se dedicado ao tema, sendo frequentemente taxada de ignorância ou obscurantismo. Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos, ainda que contra sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV). Veja-se que não cabe ao Estado avaliar o mérito da convicção religiosa, bastando constatar a sua seriedade [...] A proteção seletiva de determinados dogmas religiosos equivaleria à negação da liberdade de religião e do pluralismo, violando a exigência de que os diferentes grupos sociais sejam tratados com igual consideração e respeito. A única avaliação legítima de que se pode cogitar diz respeito à seriedade do fundamento religioso ou do que pode ser razoavelmente qualificado como religião. Mas isso não está em questão no que diz respeito às testemunhas de Jeová, confissão tradicional que existe desde o final do século XIX e conta, segundo suas próprias informações, com 6 milhões de adeptos em mais de 230 países”. BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade...*, pp. 77-78.

⁷³² Nesse sentido ementa da decisão proferida ainda no ano de 1995, grifado o argumento que se pretende salientar: “Cautelar. Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Não cabe ao poder judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital e demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não

maior e capaz, de recusar o tratamento que vai contra suas crenças religiosas, mesmo que colocando em risco sua integridade física e sua vida⁷³³.

Seguindo essa linha de orientação, que abre caminho para as manifestações pessoais, com mais razão, a recusa de tratamentos agressivos, sem benefício associado, em situações de fim de vida, é considerada eticamente aceitável, mesmo diante do fato de que tal circunstância possa causar a morte.

Nas decisões de cuidados de saúde, nas quais tem sido considerada a autonomia pessoal, verifica-se a prevalência da liberdade de escolha.

A teoria do consentimento informado, desenvolvida em atenção ao princípio do respeito à pessoa, que exige o consentimento para a realização de tratamentos na área médica, implica na consideração da liberdade de escolha. Tanto que a pessoa poderá decidir por não consentir com um determinado tratamento, mesmo que isso coloque em risco sua vida.

importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, § 3º, inc. I, do código penal). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade pois, aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. **Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a carta das nações unidas, que precisam se sobrepor as especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas.** Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la". (Apelação Cível Nº 595000373, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Julgado em 28/03/1995). Grifo meu. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência.** Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=testemunhas+de+Jeov%C3%A1&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=201.37.162.150&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 19 nov. 2015.

⁷³³ Nesse sentido, ementa da decisão do ano de 2010, apresentada com grifo no argumento específico: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEová. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. **Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros.** Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010). Grifo meu. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência...**

Ingressa-se na discussão a respeito da disposição do próprio corpo. Perquire -se, pois, da possibilidade de disposição do corpo, ou parte dele, pelo seu titular⁷³⁴.

Otero expõe o receio de que os princípios de liberdade e autonomia ao se sobreporem «coisifiquem» o homem, mas reconhece que qualquer dos extremos - disponibilidade ou indisponibilidade total - apresentam problemas⁷³⁵.

Refere que uma liberdade absoluta conduz em verdade a sua própria escravização, devendo o Estado intervir para fins de garantia da dignidade da pessoa, limitando a autonomia de vontade⁷³⁶.

Nenhuma solução simplista ou unitária mostra-se suficiente para resolver a gama de situações, de complexidade cada vez maior, que se apresentam nas questões que envolvem a disposição do próprio corpo. São situações que vão desde o consentimento para relações sexuais de pessoa maior e capaz, que não parecem mais causar dilemas nas sociedades contemporâneas, até uma decisão de suicídio assistido diante de uma doença terminal.

A disponibilidade do corpo, ou de parte dele, por vezes assume caráter de solidariedade, como é exemplo a doação de órgãos, que assim se apresenta como uma

⁷³⁴ Otero, identificando o corpo humano como o suporte físico ou o «substrato material da pessoa» coloca o debate nos seguintes termos: “Será, por outras palavras, que a autonomia da vontade do sujeito, expressão da respectiva liberdade de autodeterminação, envolve a disponibilidade do seu próprio corpo, transformando-o em um objecto de actos de natureza comercial, e fazendo da integridade física um mero direito oponível a terceiros mas totalmente disponível pelo respectivo sujeito?”. OTERO, Paulo. Dignidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: ESTUDOS em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008. p. 108.

⁷³⁵ Refere o autor: “Utilizando uma linguagem kantiana, pode dizer-se que se assiste hoje a uma tendência para se ter como admissível uma noção absoluta de liberdade que permita ao ser humano deixar de ser um fim em si mesmo, passando, por efeito do exercício da sua própria autonomia da vontade, a auto-reduzir-se ou a degradar-se a si próprio a um mero instrumento, coisa ou objecto: tem-se como válido, neste sentido, que o homem exerça a liberdade de renunciar ao princípio da humanidade. [...] se é certo que uma liberdade total de disposição mutilará o valor da integridade física do ser humano e tornará o seu corpo ou partes autónomas dele em objecto de relações jurídicas, correndo o risco de deixar de ser um fim em si mesmo para passar a ser um simples objecto, também é verdade que uma indisponibilidade absoluta sacrificará a liberdade e a vontade do ser humano, negando-lhe também qualquer dimensão de vivência social em termos de solidariedade. É nesse difícil e complexo equilíbrio de ponderações que o regime jurídico da disponibilidade do corpo humano deverá ser equacionado”. OTERO, Paulo. Dignidade..., p. 120.

⁷³⁶ Diz o autor: “A ausência de lei, enquanto expressão abstencionista de um certo modelo Estado, acaba por comportar o maior atentado à própria liberdade e à dignidade de cada homem: recusando intervir, o Estado permite que a liberdade dos mais fortes faça sucumbir a liberdade dos mais fracos ou que a vida e o corpo dos mais ricos tenham um valor superior do que a vida e o corpo dos mais pobres. A liberdade de cada um sobre o seu próprio corpo acabará, deste modo, por redundar num verdadeiro poder absoluto de vida ou morte de uns sobre os outros: a liberdade converter-se-á em fonte de escravidão. [...] Aliás, a neutralidade do Estado expressa pela sua inércia na defesa de uma ordem ética baseada no respeito pela dignidade da pessoa humana, incluindo para efeitos de limitar a autonomia da vontade, poderá ainda conduzir ao responsabilizar do próprio Estado pelo estado natureza “hobbesiano” que origina: o totalitarismo será então uma realidade na sociedade civil que merece a pacífica contemplação do Estado”. OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 579.

opção ética, tanto que acolhida por normas jurídicas. Nesse sentido, por exemplo, há a disposição do § único do art. 13 do Código Civil brasileiro⁷³⁷ que é expresso em permitir a disposição do corpo para esses fins.

O rumo atual dos debates com relação à disposição do corpo, apesar dos receios que possa gerar, encaminha-se para o campo da escolha pessoal, embora com a imposição de alguns balizadores, como forma de encaminhar a uma decisão ética. Permite-se, desta forma, a escolha pessoal, mas evitam-se decisões que atinjam a dignidade dentro dos valores compartilhados pela sociedade.

Barroso e Martel reconhecem a prevalência do conceito de dignidade ligado à autonomia, em especial com relação a questões de disposição do corpo e de fim de vida. Reconhecem, contudo, a necessidade de convivência com a perspectiva de heteronomia, que permite a imposição de valores sociais, coexistentes, sempre direcionados para a promoção dos direitos humanos⁷³⁸.

É nesses termos que limitações ou exigências se mostram aconselháveis e, por vezes, necessárias, ainda que prevaleçam os conceitos de autonomia.

E se a disponibilidade é possível como exercício de liberdade e autonomia, naturalmente que o primeiro dos limites que se apresentam é que a decisão deve partir da própria pessoa.

O consentimento é um elemento importante e que externaliza a autonomia pessoal. Desta forma, é importado para dentro do ordenamento legal infraconstitucional, tanto civil como penal, de forma a atenuar as disposições que visam assegurar direitos da pessoa. Permite assim que, por meio da sua manifestação, a pessoa possa estabelecer o grau de proteção que pretende que seja dispensado pelo Estado ao seu direito.

Na área médica, investigativa ou assistencial, a teoria do consentimento informado, desenvolvida no campo bioético, é um exemplo desse reconhecimento da autonomia do paciente e do respeito que lhe é devido. O termo de consentimento é o veículo da manifestação da vontade e, como tal, garantia de não-instrumentalização do

⁷³⁷ Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002...**

⁷³⁸ Dizem os autores: "A concepção de dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo. No sistema constitucional brasileiro, embora haja lugar para expressões heterônomas da dignidade, ela se manifesta predominantemente sob a forma de autonomia individual". BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte...*, p. 63.

ser humano, isto é, uma maneira de assegurar que não seja um objeto de intervenções ou de experiências, mas sim sujeito de suas escolhas e de seu destino⁷³⁹.

Na análise da legislação brasileira pode-se constatar que há um descompasso entre os horizontes abertos pela incorporação dos direitos fundamentais e de toda a dogmática que o acompanha e o estabelecimento de normas infraconstitucionais, em especial no que diz respeito ao exercício da autonomia da pessoa com relação aos seus direitos existenciais.

Verifica-se a manutenção do nítido caráter paternalista, estabelecendo proibições que entende que possam ir contra a pessoa, regrado de forma a «salvar o indivíduo de si próprio». Dito de outro modo parece não acreditar na capacidade de autodeterminação da pessoa de acordo com regras morais próprias, de forma que prefere deixar pouca margem para essa determinação, antes estabelecendo as regras de como deva ocorrer. Tal conclusão pode ser verificada ao tratar das questões relativas à disposição do próprio corpo, tanto no regramento civil como penal.

No âmbito do Direito Penal, embora em alguns crimes específicos haja referência ao «consentimento do ofendido», como elemento do tipo, não há regra que o indique como excludente de tipicidade ou ilicitude, embora algumas indicações doutrinárias.

Já na esfera civil, a atual legislação brasileira, ao tratar dos direitos de personalidade, incorpora conceitos de autodeterminação da pessoa, no que diz respeito à disposição do corpo, impondo, contudo, tantas restrições que acabam por limitar a autonomia da pessoa⁷⁴⁰.

Nesse sentido, os arts. 13 e 14 do Código Civil brasileiro⁷⁴¹, antes de permitirem a disponibilidade, direcionam-se para os casos de proibição, de forma que, da sua leitura, sobressaem mais as limitações do que a possibilidade de disposição. Nega-se eficácia à disposição do corpo dependendo da sua extensão, da sua finalidade e da sua motivação.

⁷³⁹ Cfr. MACHADO, Diego Carvalho. *Autonomia...*, p. 29.

⁷⁴⁰ Ulhoa analisa que em razão do regramento bastante restrito, há mais limitação a disposição do próprio corpo pela pessoa, do que a possibilidade de decidir o que cada pessoa quer fazer com seu próprio corpo. Refere o autor: “Curiosamente, para garantir o direito sobre o corpo, a ordem jurídica restringe consideravelmente os efeitos da vontade da pessoa sobre ele. As normas jurídicas atinentes à matéria não asseguram ampla liberdade para cada homem ou mulher decidir sobre o que fazer com o seu próprio corpo; ao contrário restringem-na enormemente. As disposições normativas aplicáveis à matéria estabelecem proibições genéricas e abrem umas poucas exceções permitindo certos atos de disposição sobre o corpo”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso...*, p. 198.

⁷⁴¹ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. [...] Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002...**

Quando trata das intervenções médicas propriamente, o código também é ambíguo. Prevê o art. 15º que *“ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”*⁷⁴².

A melhor interpretação da disposição legal deve dirigir-se para a necessidade de consentimento em todos os tratamentos ou intervenções médicas, e não apenas para aqueles que possam expor o paciente a risco de vida, observando a teoria do consentimento informado desenvolvida em meio aos debates sobre ética e responsabilidade médica⁷⁴³.

Isso porque o dispositivo infraconstitucional deve ser interpretado em consonância com os princípios constitucionais. A dignidade da pessoa impõe que todo e qualquer tratamento na área médica deve vir procedido de informações prestadas pelo médico e do consentimento por parte do paciente.

Em Portugal, a teoria do consentimento foi incorporada na esfera penal, como excludente da ilicitude com aplicação na disposição do corpo⁷⁴⁴.

O Código Penal português é expresso ao estabelecer o consentimento do ofendido como causa excludente da ilicitude, quando se tratar de bem disponível e que não contrarie os bons costumes⁷⁴⁵.

⁷⁴² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002...

⁷⁴³ Venosa reconhece que o artigo é direcionado para as questões referentes à ética médica e a incorporação da doutrina do consentimento informado. Refere o autor: “esse singelo artigo traz toda uma gigantesca problemática sobre a Ética Médica, o dever de informação do paciente e a responsabilidade civil dos médicos [...]. Levando em conta que qualquer cirurgia apresenta maior ou menor risco de vida, sempre haverá, em tese, necessidade de autorização do paciente ou de alguém por ele. No mesmo sentido, situam-se tratamentos e medicamentos experimentais, ainda não aprovados pela comunidade médica”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.159-160.

⁷⁴⁴ Santos e outros referem: “O legislador brasileiro preferiu não dispor sobre o consentimento, como também não o fizeram os códigos penais alemão e francês. Por outro lado, o Código Penal português prevê expressamente que o consentimento constitui causa excludente da ilicitude, desde que o dissenso não seja elementar do tipo, caso em que o consentimento exclui a tipicidade da conduta”.

Sobre a questão relativa ao dissenso como elemento do tipo, referem: “Segundo a doutrina majoritária (paradigma dualista) o consentimento (real) válido funcionará como excludente da tipicidade sempre que o dissenso da vítima se constituir em elemento negativo do tipo, seja de forma expressa, seja de forma tácita. Desta forma, por exemplo, no crime de invasão de domicílio (art. 150 do CP), o dissenso do titular do bem jurídico para o ingresso ou a permanência do agente é essencial para sua configuração. Nas demais situações, portanto, segundo esta mesma doutrina, em que a realização típica não pressupõe o dissenso expresso ou implícito, da vítima, o consenso teria natureza jurídica de justificante”. SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João B. de; SOUZA, Paulo V. Sporleder. *Capacidade...*, pp. 26-27.

⁷⁴⁵ Artigo 38º Consentimento - 1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.

Estabelece que pessoas maiores de dezesseis anos possam consentir e que esse ato pode ser revogado a qualquer tempo até a sua execução. Deve necessariamente ser prévio, pois conforme a doutrina, se posterior corresponde a perdão e não mais a um componente que exclui a ilicitude⁷⁴⁶.

Incluem ainda o consentimento presumido nas situações de urgência. Embora disposições penais de caráter geral encaixam-se perfeitamente na questão da intervenção médica de urgência, da qual já se falou⁷⁴⁷.

Por sua vez, dispõe o art. 149º que o corpo é bem disponível⁷⁴⁸, deixando claro que o ordenamento reconhece a autonomia da pessoa no que diz respeito ao seu próprio corpo.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. DL n.º 48/95, de 15 de Março...

⁷⁴⁶ Nesse sentido: “O Código Penal de 1982 veio inserir claramente o consentimento do ofendido no elenco das causas que excluem a ilicitude (art. 31º, nº 2, al. D), e art. 38º). Limitou, porém, a sua eficácia justificante aos “interesses livremente disponíveis” e à cláusula geral dos “bons costumes” (art. 38ºa, nº 1) – e traçou como seus pressupostos formais: A) Capacidade natural para consentir [não sobreponível nem identificável com a capacidade jurídico-civil (capacidade de exercício) sendo suficiente o discernimento do consentente (embora a lei trace um limite etário que não tem a ver com a maioridade nem com qualquer outro critério jurídico-civil (como v. g. a nubilidade) pois é um limiar bio-psíquico de aquisição de capacidade de discernimento}. B) Seriedade e liberdade do consentimento [não sendo eficaz uma declaração de concordância do portador do bem jurídico proferida “*animo ludendi vel jocandi*” ou inquinada por vício relevante da vontade, tal como erro ou coacção, o que tem como correlato o dever de esclarecimento especialmente, no que concerne ao consentimento informado do paciente, o dever de informação, *rectius*, de esclarecimento por parte do médico como teremos ocasião de melhor observar adiante]. C) Anterioridade do consentimento ao acto. Esse consentimento eficaz terá de ser anterior ao comportamento ou conduta lesiva ou, pelo menos, simultâneo, pois, como entende a generalidade da doutrina, o consentimento posterior é perdão e, por isso, só no quadro do regime legal de perdão poderá ter relevância”. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Consentimento informado: pedra angular da responsabilidade criminal do médico. In: **DIREITO da Medicina** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 26.

⁷⁴⁷ Nesse sentido: “Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado. Dá-se relevância à vontade virtual ou hipotética do ofendido, a qual, segundo o quadro das circunstâncias faz conjecturar, seria no sentido de dar o consentimento. [...] Através deste consentimento virtual ou presumido se exclui também a ilicitude das intervenções cirúrgicas necessárias em pessoas inconscientes. O consentimento presumido, além dos requisitos gerais do art. 38ºa, aqui aplicável *mutatis mutandis*, tem como requisitos específicos a necessidade de decisão e a impossibilidade de esta ser tomada pelo titular do interesse. Importa, por outro lado, e sobretudo, que as circunstâncias sejam tais que tornem razoável supor – segundo um juízo de prognose póstuma – que o titular do interesse lesado, conhecendo a verdadeira situação das coisas, teria eficazmente consentido... com a reserva, todavia, muito importante, de se não saber se a vontade do ofendido – por mais irrazoável que se apresente – não se dirigiria em sentido contrário ao do consentimento. Não pode, pois, apelar-se para o consentimento presumido, p. ex., para tratamento médico de um suicida frustrado inconsciente, que sabia ter cometido o suicídio em autêntica decisão existencial”. GONÇALVES, M. Maia. **Código penal português**. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 173-174.

⁷⁴⁸ Art. 149º Consentimento→ 1 - Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível. 2 - Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. DL n.º 48/95, de 15 de Março...

Tanto a legislação brasileira como a portuguesa utilizam o conceito de «bons costumes» como parâmetro para estabelecer se a disposição pode ou não ser realizada. Trata-se, contudo, de conceito aberto e que não se apresenta como referencial ético individual⁷⁴⁹.

Chama a atenção que ao disciplinar o corpo como um bem disponível, o Código Penal português afastou a referência aos «bons costumes», embora mantida a referência no inciso seguinte. Permite, pois, concluir que nas questões de integridade física não é requisito que esteja dentro desse conceito de bons costumes⁷⁵⁰.

Como refere Rodrigues: *“é tênue a fronteira na qual o médico – ao lidar directamente com a integridade física do paciente – pode facilmente cair nas malhas das ofensas a essa mesma integridade física”*⁷⁵¹. Isso porque tratamentos médicos podem ser invasivos e dolorosos, com ofensa a integridade do corpo físico de uma pessoa, com finalidades que vão desde amenizar sintomas até a cura, e como tal justificam a intervenção.

A intervenção médica pode se dar apenas para fins estéticos, tão comuns em nossos dias, com ofensa a integridade corporal, e até mesmo supressão de função. Ainda assim, considerando que a pedido e com o consentimento do ofendido, encontra-se justificativa para o ato.

Pretende-se com essa argumentação deixar claro que quando se trata de intervenção no corpo por questões de saúde ou vida, os ângulos de análise se dirigem para outras questões, que vão da necessidade até a vontade. Em todos os casos é preciso um exame detalhado de acordo com as particularidades que as situações impõem.

Há convergência entre a doutrina do consentimento informada desenvolvida no âmbito da bioética com os regramentos infraconstitucionais dos Estados democráticos.

O que se pode constatar da análise dos dispositivos penais portugueses, por exemplo, é que se adequam ao respeito à pessoa, conferindo autonomia para decisão,

⁷⁴⁹ Santos e outros referem que a doutrina majoritária indica os «bons costumes» como um limite à disposição de bens jurídicos por parte do consenciente, mas entendem contrária à dignidade da pessoa e aos princípios da autonomia e autodeterminação individual. Referem ainda: “além de se configurar em uma intervenção paternalista do Estado na esfera pessoal de cada um, a partir da imposição dos comportamentos morais que deveriam ser livremente escolhidos pelos cidadãos”. SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João B. de; SOUZA, Paulo V. Sporleder. Capacidade..., p. 28.

⁷⁵⁰ Nesse sentido ver: PEREIRA, Rui Carlos. Os crimes..., p. 190.

⁷⁵¹ Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. O artigo 150º, n.º 1, do Código Penal: uma jóia preciosa no direito penal médico. **Julgar**, Coimbra, n. 21, p. 11, set./dez. 2013.

tanto que conferem ao consentimento o status de excludente de ilicitude, aplicado em questões referentes a integridade física.

Santos e outros sustentam que, na esfera penal, o consentimento excluiria a tipicidade, e não apenas a ilicitude. Com o consentimento válido para a realização de um transplante de órgãos, mudança de sexo, ou mesmo uma cirurgia plástica, as lesões necessárias que fossem produzidas não seriam sequer típicas, com verdadeiro afastamento do valor da ação e do desvalor do resultado⁷⁵².

Embora em termos doutrinários o sistema jurídico brasileiro também confira importância a autorização manifestada pelo ofendido, cabe salientar que o sistema português merece elogios na medida em que não se omite em analisar questões da intervenção médica quando dispõe sobre a integridade física.

As questões jurídico-penais relativas às intervenções médicas são tratadas em artigo próprio. O art. 150º, nº 1, qualifica como atípicas as intervenções médico-cirúrgicas, relativamente às ofensas corporais, quando os tratamentos estejam de acordo com as regras da ciência e o atual conhecimento das coisas, considerados adequados à cura.

Para Rodrigues, a disposição legal confere proteção ao médico zeloso de seu mister. Isso porque na área médica não há obrigação da cura, que nem sempre será possível, mas compete ao médico realizar o bem e não causar o mal. Assim, sempre que o tratamento proposto estiver de acordo com as regras da ciência médica e a evolução científica do momento, eventuais ofensas a integridade física, em prol da vida, estariam justificadas⁷⁵³.

⁷⁵² Lecionam os autores: “para Roxin, entretanto, todo consentimento (real) eficaz exclui o tipo, e não a ilicitude. E o argumento fundamental para a aceitação desta tese está radicado na teoria liberal do bem jurídico individual, por ele defendida. Segundo esta teoria, os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, razão por que não há ofensa quando uma ação se pauta na disposição do bem jurídico por seu portador, mas, ao contrário, existe efetivo exercício dele. Embora minoritária, esta nos parece a melhor doutrina. [...] Desta forma, o exercício ou a renúncia a este exercício são manifestações de titularidade de um bem jurídico (direito fundamental), como que a dupla face de uma mesma moeda”. SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João B. de; SOUZA, Paulo V. Sporleder. Capacidade..., pp. 27-28.

⁷⁵³ “Desta forma, e após tudo o que ficou dito, haverá que concluir que o art. 150º, nº 1, do Código Penal constitui para os médicos e profissionais de saúde competentes e zelosos, em atenção ao caráter eminentemente social e nobre, mas também eivado de riscos, da sua profissão, um verdadeiro arco protector de ouro, peça da joalheria jurídica portuguesa que os isola de qualquer equiparação ao faquista de que falava Karl Binding, e, por isso, de qualquer agressão à dignidade desses cireneus compassivos do calvário humano, na expressiva afirmação de Miguel Torga”. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. O artigo 150º..., p. 26.

Qualquer direito, dentre os direitos fundamentais, mesmo o direito à vida e à integridade física, comporta valorações. O que se verifica, em especial, é que a limitação desses direitos dirige-se a decisão própria do seu titular, tendo por base a liberdade e autonomia pessoal. A pessoa, pois, é o limite, que poderia assim abrir mão de um direito fundamental em prol de outros.

A renúncia dos direitos fundamentais não é um assunto que possa ser tratado de forma simplista. Na ponderação pessoal dos valores que lhe são mais fundamentais, a renúncia ao exercício de um direito ocorre em valoração a outro.

Nenhum dos direitos fundamentais atinge seu valor total quando analisado de forma isolada. Somente adquirem relevância e importância, tanto pessoal como social, quando há possibilidade de interação desses direitos. Não raro a supremacia de um acaba por diminuir a incidência do outro, quando analisado o caso concreto.

Considerando as peculiaridades da situação e a pretensão de conjugação de todos esses direitos fundamentais, é necessária a identificação das situações pessoais diferenciadas que autorizam a renúncia.

Isso porque não se trata de pura e simples renúncia de um direito, mas sim de um direito fundamental, que como tal terá por parâmetro a própria dignidade humana e a ponderação entre direitos que estejam envolvidos nesta decisão.

Embora o reconhecimento do direito fundamental à vida, esta somente teria sentido se agregado a ela o valor qualidade e não simplesmente a manutenção de uma existência corpórea. Desta forma, e considerando a morte como um elemento dessa própria vida, determinadas circunstâncias devem permitir o direito de morrer com dignidade, suplantando o direito a manutenção da vida como existência corpórea.

A conclusão pela possibilidade de disposição do corpo, como um todo ou apenas em parte, decorre desse caminho trilhado que agrega conhecimento e conduz ao reconhecimento do indivíduo como um ser livre e autônomo e que assim terá no seu conceito de dignidade o limite dessa liberdade.

O homem como centro do ordenamento jurídico exige o reconhecimento de sua dignidade. A sua existência somente ganha sentido enquanto possível de ser conferido valor a ela. O direito à vida e à saúde, constitucionalmente reconhecidos e objetos de

proteção, devem estar de acordo com a existência autônoma do ser, e não contra ou a despeito desta⁷⁵⁴.

Quando falamos em consentimento, estamos falando em respeito à autonomia do paciente, que decorre do reconhecimento do fundamental direito de liberdade. Essa liberdade, por sua vez, é estabelecida a partir da capacidade do indivíduo de fazer suas escolhas e tomar decisões a respeito do seu corpo e da sua vida.

Assim, nas questões de saúde e fim de vida, objeto desta tese, direciona-se por assegurar a pessoa adulta e capaz o direito de decidir o que pode ou não ser feito no seu próprio corpo.

3.7 O direito ao fim de vida digno: uma leitura conjunta dos direitos e liberdades

A dignidade da pessoa humana é um valor que se estende por toda a ordem jurídica e como tal deve servir para a unicidade dos direitos fundamentais da pessoa. Em decorrência desse valor maior temos o reconhecimento do respeito pela pessoa, que o torna um fim em si mesmo e, de consequência, proíbe que seja tratado como instrumento ou meio para outros fins. *“O princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto reflexo da autonomia ética do homem, afasta a sua instrumentalização e entranha na ordem jurídica a valoração e dimensão da pessoa humana, enquanto valor autónomo, supremo e uno”*⁷⁵⁵.

Eleito princípio fundamental nos Estados de Direito contemporâneos, servem de limite da atividade Estatal, impondo-lhe obrigações negativas e também positivas no sentido de promoção e proteção do indivíduo.

Em razão dessa dignidade inerente a cada ser humano que se reconhece a liberdade e a autonomia pessoal. Com isso, garante-se a capacidade do indivíduo se

⁷⁵⁴ Essa concepção está exposta na sentença que analisa o caso de Eluana Englaro. O acórdão contesta a concepção de que o direito a vida e a saúde possam ser analisados como algo externo ao homem e ao seu direito de autodeterminação. Nesse sentido consta do acórdão: “La Suprema Corte ha voluto dunque eliminare ogni possibile fraintendimento, respingendo la contraria concezione che considera il diritto alla salute o alla vita, in certo senso, come un’entità esterna all’uomo, che possa imporsi, in questa sua oggettivata, ipostatizzata autonomia, anche contro e a dispetto della volontà dell’uomo.” (Livre tradução: “A Suprema Corte quis eliminar qualquer possibilidade de entendimento diverso, rejeitando a tese contrária, que considera o direito à saúde e à vida, de certa forma, como uma entidade exterior ao homem, que possa impor, nesse seu objetivo, hipostasiada autonomia, também contra e apesar da vontade do homem”). ASSOCIAZIONE RADICALI LECCO. **Procedimento nº 88/2008 da Corte d’Appello di Milano – Prima Sezione Civile**. p. 27.

⁷⁵⁵ *Cfr.* RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 19.

autoconstruir, desenvolvendo sua personalidade, traçando seus planos e estabelecendo sua vida da forma que entender. Ressalta-se que, diante de tal posição, os limites da dignidade também devem ser considerados como pessoais, descabendo o estabelecimento de um padrão pré-ordenado de exigência.

Além das obrigações negativas que lhe são dirigidas, cabe ainda ao Estado impor restrições às atividades de terceiros que possam agredir a esfera de direitos fundamentais da pessoa. Com relação à própria pessoa, somente serão aceitos limites ao seu livre desenvolvimento, em prol de um bem jurídico superior e, ainda assim, com observação da reserva da lei. As restrições, assim, não podem gerar situação de limitação ao desenvolvimento consciente e racional do indivíduo⁷⁵⁶.

Em sendo a dignidade da pessoa humana um princípio a conferir unicidade aos demais direitos fundamentais que dele decorrem, a leitura de todos esses direitos deve sempre ser direcionada para esse princípio unificador.

É preciso ter claro qual o direito à vida que se pretende proteger. *“Se o direito à vida é um direito fundamental alicerçado na dignidade humana, a vida assegurada pela Constituição é uma vida com autonomia e liberdade”*⁷⁵⁷.

Conclui-se, pois, que não há como um direito fundamental ser analisado de forma isolada. É o conjunto desses direitos que atribui dignidade ao homem. Poderá ocorrer a sobreposição de um direito sobre outro na análise de situações concretas. O paradigma da dignidade e a ponderação entre os princípios contrapostos conduzirão a melhor decisão para cada caso. Não há uma fórmula que indique a solução, pois as variáveis envolvidas poderão conduzir para decisões diversas.

Araújo, ao tratar da posição absolutista que denomina de «vitalismo», ou seja, que defende o direito a vida de toda e qualquer forma, encontrando na ideia de santidade seu fundamento, aponta os problemas éticos envolvidos⁷⁵⁸. A simples defesa

⁷⁵⁶ Refere Ribeiro: “A ordem jurídica assenta, pois, no personalismo ético (*etischen Personalismus*) que reconhece liberdade para a autodeterminação individual e responsável da pessoa (reconhecer a dignidade da pessoa humana é consagrar a sua autodeterminação e consequente responsabilidade). A imposição de limites por parte do Estado é admissível apenas a título excepcional e por necessidade de protecção de bens jurídicos superiores ou equivalentes. Reconhece-se à pessoa a liberdade real e jurídica de conformar a sua vida e gerir os seus interesses, não podendo o Estado, por isso, impor arbitrariamente um paternalismo anacrónico e redutor da essência humana”. RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A proteção...**, p. 19.

⁷⁵⁷ Cfr. AZEVEDO, Álvaro Villaca. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue**: parecer formulado à consulta da Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. São Paulo: ACTC, 2010. p. 13.

⁷⁵⁸ Nesse sentido: “Uma tal consagração vitalista da «santidade da vida» suscita problemas éticos graves, já que escamoteia o drama do sofrimento, da dependência, da angústia do visado, afigurando-se como cada vez menos justificável que a medicina se proponha combater a morte daquela forma extremamente

da vida, como valor que se completa em si próprio, não é solução para todos os dilemas do cotidiano, menos ainda daqueles decorrentes da evolução técnico-científica que impôs novos referenciais.

A qualidade da vida apresenta-se como um fator a ser considerado e aplicado, que terá influência na tomada de posição do indivíduo diante das circunstâncias nas quais estiver envolvido.

Cabe ressaltar que a pessoa humana é um ser complexo que compreende várias dimensões ao mesmo tempo – física, psíquica, social e espiritual – e todas elas devem ser consideradas e protegidas⁷⁵⁹. Ver o indivíduo apenas na sua dimensão física é ver menos do que ele realmente representa.

Necessário se questionar que direito à vida é esse que, sob o argumento de proteção, impõe uma sobrevida com sofrimento e degradação, apenas na busca da manutenção da existência corpórea a qualquer preço. Importante reforçar que quando se sustenta a necessária qualidade de vida, não se está associando diretamente com questões relativas a antecipação da morte, mas com a melhora nos cuidados do doente, em especial quando se encontra em estado terminal, utilizando-se, por exemplo, dos cuidados paliativos e controle de dor⁷⁶⁰.

Salienta-se que neste trabalho a análise argumentativa é dirigida para o fim de vida, e em especial das pessoas maiores e capazes, com o que a qualidade de vida encontrará parâmetros nos conceitos, crenças e valores desenvolvidos ao longo da existência.

agressiva que tantas vezes surgiu a acompanhar a divulgação de uma nova terapia que se anunciava como capaz de abrandar a marcha das doenças terminais”.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 119-20.

⁷⁵⁹ Daolio reconhece as várias dimensões da pessoa humana e utiliza a palavra saúde, no sentido ideal, para qualificar as quatro dimensões do ser humano: “saúde física – é a ausência de mutilações, lesões, dor, cansaço, fome ou sede. É o desenvolvimento normal do indivíduo e o equilíbrio entre os componentes orgânicos. Saúde psíquica – implica orientação de tempo e espaço, ausência de alienação, capacidade de equilibrar-se nas diversas situações da vida, autorrealização, abertura para o outro e para si mesmo, liberdade de pensamento, expressão e criação. Saúde social – é o ajustamento do indivíduo no grupo social (entende-se por ajustamento a capacidade que a pessoa tem de se situar, de se relacionar com as outras). Implica habitação adequada, equilíbrio dos fatores econômicos (trabalho e salários condizentes), lazer, educação (que permita, pela observação e análise, o questionamento da realidade), amizade, simpatia, relacionamento. Saúde espiritual – revela-se na maneira de encarar a vida. Todos têm uma finalidade na vida, sede de um absoluto (ou transcendente): para os cristãos, Deus; para os muçulmanos, Alá, para os ateus, o Homem. Esse absoluto é fundamental para a superação das dificuldades, de um sofrimento ou doença”.

DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio..., p. 440.

⁷⁶⁰ Cfr. ANDORNO, Roberto. **Bioética Y Dignidad de la Persona**. Madrid: Editorial Tecnos, 2012. p.30.

Não se desconhece que a argumentação poderá ser direcionada para outras situações limites, como questões referentes ao início da vida, nas quais os enfoques e elementos específicos deverão ser observados, de forma que a conclusão poderá não ser a mesma.

Em termos de fim de vida, o direcionamento que se constata é o da valorização da qualidade de vida da pessoa, assim considerada dentro dos seus parâmetros de percepção. A manutenção da vida de forma artificial, embora possa prolongar a vida biológica, considerando a ausência de qualidade agregada, não se mostra como uma opção ética e, assim, autoriza a renúncia por parte de seu titular. O respeito pela autonomia da pessoa, por sua vez, exige que a falta de qualidade seja considerada pelos critérios individuais.

A mera incapacidade do paciente não pode ser o fator que comprove a futilidade do tratamento, mas o respeito à pessoa e a análise de seus interesses pessoais podem justificar a limitação dessa preservação da vida a todo custo⁷⁶¹.

Os mesmos conceitos que conduzem a defesa de uma vida digna e de qualidade encaminham para a defesa do direito à morte digna, considerando a morte como um elemento dessa vida, que merece que esse tratamento digno permaneça até o seu final.

A morte como fim de um ciclo de existência não é antagônica à vida, mas uma de suas etapas. Como refere Alves, não são contraditórias, mas irmãs, de forma que *“a reverência pela vida exige que sejamos sábios para permitir que a morte chegue quando a vida deseja ir”*⁷⁶².

A dignidade que deve perpassar toda a existência do ser humano, em razão do que é assegurada à integridade física, a liberdade e o desenvolvimento da personalidade devem também se fazer presentes na etapa final da vida.

Como analisado no capítulo segundo dessa tese, o prolongamento irracional do processo de morte conduz a um tratamento indevido e muitas vezes degradante à

⁷⁶¹ Nesse sentido refere Araújo: “Hoje, ainda que possa argumentar-se que é necessário tratar de doentes num estado vegetativo permanente, em respeito pela sua humanidade, senão mesmo por respeito à humanidade do próprio médico, e certamente se não possa fazer decorrer o conceito de futilidade da mera incapacidade do doente para se aperceber do tratamento, visto que a preservação da vida em função da subsistência de certas capacidades é uma solução instrumentalizadora de clara conotação eugênica, é cada vez maior o consenso em torno da constatação de que há um limite de esforço no apoio ao surgimento ou prolongamento artificial da vida, para lá do qual é lícito questionar-se a relevância do combate pela preservação da vida, em nome do próprio interesse pessoal do doente”. ARAÚJO, Fernando. **A procriação...**, pp. 118-119.

⁷⁶² Cfr. ALVES, Rubens. Sobre a morte e o morrer. “Texto publicado em: Folha de São Paulo. São Paulo, 12 de outubro de 2003 – A3” Reproduzido em: PESSINI, Leo. **Eutanásia – por que abreviar a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2004. p. 271.

pessoa, que se vê solitária, longe de seus afetos e com reduzida ou eliminada capacidade de autodeterminação.

Ao agregar o conhecimento e a tecnologia científica em prol da vida humana, com ganhos individuais e para toda a humanidade, adiciona-se também novas dificuldades, que exigem atenção para que o progresso alcançado não se torne, em si, o problema.

O aumento da expectativa de vida da pessoa, ao mesmo tempo em que foi um grande ganho, começou a apresentar situações em que, ao tentar evitar a morte, prolonga-se período de fim de vida com sofrimento e dor.

A ideia da sacralidade da vida é conduzida até as últimas consequências, com imposição da vida corpórea a qualquer custo para o indivíduo e mesmo contra a sua própria vontade.

A utilização de todo o tratamento que estiver à disposição para a manutenção das funções vitais do indivíduo, quer decorra da existência de um pensamento mágico de que o quadro possa vir a ser restabelecido, quer por próprio entendimento de que mesmo em situações precárias a vida merece ser mantida, desconsidera, em muitas circunstâncias, a situação degradante a qual a pessoa é exposta.

Por questões filosóficas, religiosas e culturais, a morte é algo a se temer. A humanidade como um todo busca formas de evitá-la, mesmo que racionalmente reconheça sua inevitabilidade. Nessa busca, contudo, muitas vezes o que se vê é a arrogância e o descontrole com prolongamento não da vida, mas de um processo lento e doloroso de morrer.

As situações de prolongamento indevido desse processo de fim de vida conduziram a debates sobre um direito tão básico como à vida que é o direito à morte, ou, com mais precisão, o direito a um fim de vida digno.

A referência ao fim de vida digno demonstra a atenção especial a ser dedicada a todo o processo que culminará com a morte. A utilização do termo «fim de vida digno» demonstra de forma mais clara o bem protegido do que se falar em «morte digna». O direito protegido, pois, é o atendimento a todo processo de final da existência até a morte.

Para a pessoa a quem se reconhece o direito a uma vida digna com direitos básicos que devem ser respeitados e garantidos, também deve ser garantido o direito a um fim de vida, no qual goze desta mesma dignidade.

A ideia da sacralidade da vida, como algo absolutamente inviolável, que não se pode dispor de nenhuma forma, é predominante na sociedade. Em função disso, há maior dificuldade social de entender e aceitar a decisão de uma pessoa que recusa um tratamento médico, mesmo que sabidamente inútil para fins de cura.

Se for verdade que em muitos casos de suicídio existe por trás um pedido de socorro e proteção, também é verdade que em outros tantos casos a decisão é dirigida apenas a evitar um sacrifício prolongado, como uma decisão existencial consciente e ponderada, e que sequer ocorreria se não fosse em função das novas tecnologias aplicadas.

As situações de fim de vida não são padronizadas, de forma que também as decisões não podem ser iguais, mas deverão levar em conta os valores, crenças e ideais individuais, como forma de respeito à pessoa.

Questões de vida e morte sempre estiveram presentes nos debates existenciais humanos. Contudo, a forma como essas questões são tratadas alteraram-se significativamente nos últimos tempos, em decorrência especial do conhecimento técnico científico agregado na esfera médica.

Assim, se antes debates a respeito de questões de eutanásia eram encarados de acordo com circunstâncias limítrofes e por vezes mal conduzidas, as atuais discussões sobre questões de fim de vida, mesmo as que tangenciam a eutanásia e suicídio assistido, possuem novas bases fáticas, que redirecionam o debate filosófico.

Com isso, pode-se dizer que o direito a um fim de vida com dignidade, que vem sendo objeto de muitas reivindicações, está calcado em uma mudança social, cultural e prática diversa daquela em que se deram discussões em outros períodos. Cabe referir a dimensão cultural do conceito de dignidade da pessoa humana referido por Sarlet, que deixa claro não ser esse um conceito fixo, de forma que o conteúdo pode se alterar considerando tanto as condições pessoais como também condições culturais de tempo e lugar⁷⁶³. Mesmo que inerente a pessoa humana, deve-se reconhecer que o conteúdo da

⁷⁶³ Refere o autor: “[...] é possível referir aqui uma série de situações que, para determinada pessoa (independentemente aqui de uma vinculação a certo grupo cultural específico) não são consideradas ofensivas à sua dignidade, ao passo que, para outros, trata-se de violação intensa, inclusive do núcleo essencial da dignidade da pessoa. O mesmo ocorre com a evolução da natureza das penas em matéria criminal ao longo do tempo, já que na mesma sociedade ocidental, que já reconhecia a dignidade da pessoa como um valor até mesmo para o direito, determinadas penas inicialmente aceitas como legítimas foram proscritas em função de representarem violações da dignidade da pessoa humana”. SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões...*, p. 29.

dignidade está assentado no conhecimento e compreensão vigente no tempo e lugar e, desta forma, não se pode pretender com validade indeterminada.

A possibilidade de prolongamento do processo final de vida, por período de tempo realmente sem precedentes, é uma situação agregada às circunstâncias atuais em razão da evolução tecnológica, em especial no meio médico científico.

Os limites para a ciência parecem estar cada vez mais distantes e as possibilidades, que antes estavam apenas no campo da imaginação, estão cada vez mais próximas⁷⁶⁴.

A ciência nos impõe novos desafios e debates sobre antigas situações de vida e morte, sempre muito presentes. Contudo, toda essa evolução é ambivalente. A mesma ciência que pode nos permitir uma maior qualidade e quantidade de vida, pode também transformar a morte em um processo longo e doloroso, apenas sob o argumento de que a vida é um bem preponderante.

Em situações de fim de vida, com consciência ou não do paciente, o prolongamento da etapa final, com utilização de terapias intensivas e tratamentos dolorosos, tem ocorrido em diversos casos. Um exemplo são os casos de estados vegetativos persistentes e permanentes, como os analisados no primeiro capítulo dessa tese, os quais os aparelhos podem manter sinais vitais e o corpo físico em funcionamento, por longo período de tempo, sem qualquer qualidade de vida para o paciente.

⁷⁶⁴ Informação circulada nos jornais portugueses dão conta da manutenção de paciente com morte encefálica por mais de três meses com fim de viabilizar o nascimento da criança que estava gestando, demonstrando uma superação sem precedentes. Naturalmente que se trata de situação bastante peculiar, mas que bem demonstra os avanços de que se fala. A morte encefálica é considerada como critério científico de morte, a despeito dos debates que suscita, conforme referido no item 2.2 dessa tese, de forma que o caso relatado não geraria debates sobre antecipação ou prolongamento da vida, diferentemente de situações de coma e/ou estados vegetativos persistentes. Demonstra, de toda sorte, as possibilidades agregadas pela ciência na qual se manteve os sinais vitais de uma pessoa, sem atividade cerebral, com vistas a possibilitar a gestação de uma nova vida.

“Parto realizou-se no hospital de São José e bebé internado nos cuidados intensivos neonatais da Maternidade Alfredo da Costa. É um recorde manter a gravidez tanto tempo. Esta é certamente uma história que emocionou todos os que acompanharam as últimas 15 semanas de S., de 37 anos, e do bebé que nasceu ontem no hospital de São José. Irá certamente continuar a emocionar. O bebé, um menino, nasceu às 32 semanas de gestação, depois de mais de três meses a crescer no útero da mãe que foi declarada em morte cerebral a 20 de fevereiro, às 23.43. A partir desse momento foram os médicos, os enfermeiros e as máquinas que levaram a bom termo o que se pode chamar um milagre da ciência e dos homens.”

MAIA, Ana. Bebé nasceu 15 semanas depois de mãe ficar em morte cerebral. **Diário de Notícias**, 08 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.dn.pt/sociedade/interior/bebe-nasceu-15-semanas-depois-de-mae-ficar-em-morte-cerebral-5217262.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

Essas novas circunstâncias exigem também um novo olhar. Até mesmo o reconhecimento de novos direitos que surgem ou, ao menos, uma releitura dos direitos reconhecidos, que agreguem as novas situações e conjuguem os valores a serem aplicados.

Fica patente, assim, que essas novas situações exigem novos direitos ou, ao menos, a adequação dos princípios já existentes, de maneira a permitir que direitos já consolidados não sofram retrocesso.

O objeto dessa tese, embora focado no direito à autonomia do paciente e a possibilidade de dispor de forma antecipada sobre cuidados de saúde, não tem como se afastar das questões de fim de vida, com o reconhecimento de um direito fundamental da pessoa, que vem sendo identificado como sendo direito ao fim de vida digna. Salienta-se que a manutenção da autonomia é um dos elementos preponderantes para a percepção da dignidade mesmo, ou em especial, em seu final.

A ideia de uma morte digna não é um conceito novo. A própria ideia da eutanásia, na sua origem, vem associada a ideia da boa morte, ainda que ao longo do tempo possa ter adquirido um conceito pejorativo⁷⁶⁵.

Mas deve-se tratar a ideia de uma boa morte sob novo enfoque, na medida em que ressurge das situações atuais impostas pelos novos paradigmas da ciência. Outrossim, deve ser avaliado de acordo com as novas circunstâncias de seu entorno, e com um enfoque preciso na dignidade da pessoa humana.

Defender um direito a um fim de vida digno está para além da defesa de controle do momento da morte a ser concedido a uma pessoa. Não é uma defesa da possibilidade de antecipação do momento da morte, ainda que esta possa ser agregada dentro desse novo direito, como vem acolhido em alguns países ocidentais.

A defesa do direito a um fim de vida digno pressupõe *“cuidar que o processo de morte tenha qualidade assistencial e humana, comunicação e empatia, com a dor tratada e o sofrimento cuidado em todas as suas dimensões”*⁷⁶⁶.

Aqueles que sustentam a possibilidade da eutanásia ou do suicídio assistido fundamentam a defesa exatamente no direito a um fim de vida digno. Não há dúvida que a finalidade perseguida possa ser a mesma, qual seja, conferir dignidade à pessoa em todas as etapas de sua vida.

⁷⁶⁵ Nesse sentido ver item 2.3.1 dessa tese.

⁷⁶⁶ Cfr. PESSINI, Leo. **Eutanásia...**, p. 289.

Contudo, a defesa a um fim de vida digno está mais ligada a autonomia do paciente, implica o respeito a sua pessoa e as suas decisões quanto aos cuidados de saúde, e ao atendimento de todas as suas necessidades nesse período que antecede o fim⁷⁶⁷.

O direito a um fim de vida digno, pois, apresenta-se como um direito fundamental que decorre da leitura conjunta dos direitos e liberdades fundamentais, que deve ser acolhido pelo ordenamento, evitando que o princípio maior da dignidade humana seja violado nos momentos finais da existência humana.

3.7.1 As DA's como instrumento de proteção da autonomia pessoal

A partir do reconhecimento de que o direito a um fim de vida digno é um direito fundamental da pessoa, e que para seu atendimento é necessário conceder espaço para a autonomia pessoal, surge o conceito das diretivas como um instrumento que contém a vontade da pessoa para a hipótese de não poder mais se manifestar.

Trata-se de instrumento que permite o exercício da autonomia pessoal e, desta forma, manutenção da dignidade, mesmo quando as situações de vida encaminharem para a impossibilidade de manifestação do paciente. Mantem-se, assim, com a própria pessoa, as decisões primordiais a respeito de questões relativas ao seu corpo e a sua vida.

A ideia das diretivas antecipadas surge para cobrir um período de situações limítrofes em que o debate se instala com relação a qual seria a decisão do paciente se este pudesse se manifestar. A possibilidade de se deixar um documento prévio no qual conste as suas decisões de cuidados de saúde nessas circunstâncias, de acordo com seus valores e crenças, assegura a eficácia de seus direitos fundamentais básicos de vida digna e liberdade.

⁷⁶⁷ Nesse sentido leciona Pessini: “A morte digna não deve ser associada inelutavelmente à prática de eutanásia ativa. Embora alguns grupos e associações vinculem estreitamente ambas as expressões, e um ponto de vista filosófico resulta numa operação de simplismo inaceitável. ... Morrer com dignidade é uma expressão semântica muito rica e complexa e inclui, pelo menos, um marco assistencial e uma atmosfera afetiva. Morrer com dignidade significa morrer num determinado lugar, rodeado pela família e reconciliado consigo mesmo. A prática da eutanásia ativa constitui uma forma de morrer que, em suas intenções, busca a dignidade de morrer, porém não tem o patrimônio do que significa morrer dignamente. Nossa compreensão é que morrer dignamente é morrer com sentido. A construção do sentido é fundamental para perceber a morte como algo digno e para aproximar-se dela serenamente”. PESSINI, Leo. **Eutanásia...**, p. 288.

De acordo com as justificativas expostas na resolução nº 1.995/12 do CFM no Brasil, a ausência de comunicação é um dado recorrente nos contextos de final de vida, estimando que em 95% dos casos a pessoa perde a possibilidade de comunicação ⁷⁶⁸.

Na prática, o que vem ocorrendo é que com o desenrolar de uma doença grave ou em situações trágicas pontuais, a pessoa que fica sem condições de se manifestar tem as decisões relativas a disposição de seu corpo e de sua vida transferidas para um terceiro, equipe médica ou familiares.

Reitere-se que, como já foi tratado, em casos de urgência prevalece o dever de agir do médico, de acordo com o nível de conhecimento atual relativo a matéria e de sua expertise, sem obrigação de resultado.

Contudo, quando há tempo para análise das melhores opções, o que deveria ser feito mediante discussão das hipóteses com o paciente, está é tratada com parentes, que, embora possam compartilhar de alguns valores, tem sentimentos diferentes ou interesses que podem interferir na melhor decisão sobre a vida do outro.

A salientar ainda o fato de que se trata de questão pouco, ou não debatida no seio familiar, considerando, em muito, a cultura do tema, que no mundo ocidental contemporâneo tem a predominância da negação, como se viu no capítulo segundo dessa tese.

Não raro, há divergência entre os membros da mesma família, com afirmações contraditórias de qual seria a vontade do paciente, dificultando uma decisão de acordo com o melhor interesse deste.

As diretivas antecipadas permitiriam a expressão prévia dos reais interesses e valores do paciente e/ou a indicação da pessoa que poderia expor essa vontade com maior fidedignidade.

Busca-se, pois, dentre os direitos fundamentais, a argumentação para o acolhimento desse instrumento, que se pode dizer como sendo novo, na medida em que surge na decorrência de situações médicas bastante recentes, quando consideradas historicamente.

⁷⁶⁸ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/12 - JUSTIFICATIVAS 1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida. Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D'Amico et al, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las".

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.995/2012...**

Dentro dos sistemas legais dos estados contemporâneos, há espaço para o acolhimento das diretivas antecipadas como instrumento de garantia das liberdades e em especial da autonomia pessoal, que reflete o pleno exercício dessas liberdades.

Trata-se de um instrumento de proteção da liberdade individual, no que diz respeito a sua esfera mais íntima de decisão, qual seja, questões que digam respeito à sua vida, seu corpo e sua morte.

O reconhecimento da autonomia da pessoa, enquanto paciente com possibilidade de interagir, vem sendo consolidado, como se analisou pela evolução da relação médico/paciente e pelo tratamento legislativo e judicial dado ao tema nos últimos anos, com destaque para a recepção da teoria do consentimento informado.

Mesmo que com resquícios de um paternalismo exercido pelo médico, ou mesmo pelo próprio Estado ao restringir as possibilidades de decisão da pessoa com relação a disposição de seu corpo e de sua vida, o que se verifica, por imposição ética (que deriva em vários ordenamentos também para uma imposição legal), é o acolhimento das manifestações expressas de vontade da pessoa com relação aos cuidados de saúde que quer ou não se submeter.

Nesse sentido, as alterações legislativas vêm se adequando às novas situações e aos reclames sociais, estabelecendo o direito do paciente de ter informações e de poder decidir de acordo com seus valores. Em alguns países, as legislações vão bem mais além, prevendo a possibilidade de decisões mesmo de suicídio assistido, até a eutanásia⁷⁶⁹.

A constante evolução social e individual, aliada à aquisição de conhecimento pelo homem, inevitavelmente conduz ao surgimento de novas necessidades ou do reconhecimento de novas circunstâncias que merecem atenção por parte do Estado.

Como se verificou no capítulo primeiro dessa tese com a análise de decisões judiciais, situações novas exigem uma leitura renovada dos direitos do homem, em especial nas questões de fim de vida⁷⁷⁰.

A ocorrência dessas situações limites introduziu o debate. Foram casos concretos que levaram as pessoas a pensarem se queriam passar por situações similares.

Soma-se a isso o conhecimento agregado, que permite saber que em determinadas situações o final da vida está presente, e que nestas situações

⁷⁶⁹ No segundo capítulo dessa tese foram feitas referências às legislações que nos últimos anos vem se adequando a essa realidade, quer estabelecendo direitos dos pacientes, quer acolhendo o suicídio assistido e, embora em número bastante reduzido, até mesmo a eutanásia.

⁷⁷⁰ Cabe referir que dos acórdãos selecionados para a análise no primeiro capítulo dessa tese, o mais antigo data de cerca de trinta anos, o que em termos históricos considera-se atual.

procedimentos e terapias são tentativas inúteis de prolongamento, que podem se apresentar como um problema e não como uma solução.

Situações de fim de vida não raro vem acompanhadas de problemas que não permitem o discernimento e a comunicação, funções que caracterizam o ser humano. Retira-se daquela pessoa, a quem é reconhecido direitos fundamentais de liberdade e autonomia, a possibilidade de decisão. Não raro, impõe-se situação degradante, com o prolongamento do processo de morte, pelo qual, se pudesse se manifestar, não iria querer passar.

O ideal de uma vida longa é acompanhado sempre da ideia de que esta seja com qualidade e produtividade, dentro dos conceitos acolhidos por cada um. A comunicação, forma do homem expressar seus pensamentos, ideias, valores e pretensões, tem importância ímpar para qualificar o ser humano.

Na medida em que liberdades e garantias individuais devem ser promovidas e respeitadas pelo Estado, toda pessoa tem assegurado direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade e ao exercício de sua autonomia pessoal, em especial as decisões que dizem respeito a uma esfera íntima que diz com seu corpo, sua vida e sua morte.

Diante da ideia de que o fim de vida deve ser digno, importante que se exponha que as diretivas apresentam-se como um importante instrumento para a concretização desse direito. Em especial para aquela pessoa que manteve sua autonomia ao longo da vida e que, por circunstância fática específica, em um momento tão crucial, tem as determinações sobre a sua vida transferidas para terceiros, que nem sempre compartilham dos mesmos valores e crenças.

Salienta-se que, quando se fala em fim de vida com dignidade, tem-se por pressuposto a manutenção da autonomia pessoal, que permite que a pessoa seja reconhecida pelos ideais e valores desenvolvidos durante toda sua vida, podendo manifestar suas decisões e agir de acordo com elas. Mantida a capacidade de discernimento e comunicação, a pessoa deve participar de modo ativo da tomada de decisão dos cuidados de saúde.

Nas situações de fim de vida nas quais a pessoa tenha perdido a capacidade de se manifestar, é imprescindível buscar instrumentos que mantenham sua autonomia.

As diretivas antecipadas, que visam indicar os tratamentos pelos quais a pessoa quer ou não se submeter em situações de fim de vida, encontram seu fundamento no princípio maior da dignidade humana e nas liberdades individuais, permitindo o

exercício da autonomia pessoal, mesmo em circunstâncias em que a pessoa tenha perdido a capacidade de decisão e de ação.

Os acórdãos analisados no primeiro capítulo dessa tese são um exemplo bastante significativo das situações geradas tanto pela manutenção artificial da vida como pela falta de manifestação da pessoa. Dirigem-se para uma das situações limites que suscitam maiores questionamentos. Mas, justamente por representarem um extremo, servem como ponto de partida para a análise destas e de situações similares.

Nos casos que foram objeto de análise verificou-se, invariavelmente, que o tempo de permanência em estado vegetativo persistente já havia passado do razoável, e que a manutenção dos aparelhos que permitiam manter em funcionamento funções vitais decorriam da divergência entre equipes médicas e familiares, ou mesmo de familiares entre si.

O fato que chama a atenção é que a decisão de manutenção ou não dos aparelhos estava totalmente nas mãos de terceiros. As decisões que foram selecionadas adentravam na vontade presumida dos pacientes, como forma de tentar abstrair o que decidiriam se pudessem se manifestar, pretendendo, mesmo diante da situação excepcional, resguardar um mínimo de autonomia do paciente.

Isso porque, considerando as sérias consequências do ato de desligar os aparelhos, que funcionariam como renúncia ao direito à vida e aqui com extinção desse direito, pois sem possibilidade de reversão, não há outra medida que não a vontade da própria pessoa que se encontra nessa situação.

Não há como medir o quanto a situação de ser mantido por aparelhos afeta a dignidade da pessoa. Ressalta-se que o conteúdo da dignidade é variável e está sempre em construção, podendo variar de pessoa para pessoa. Por questões de natureza religiosa ou simplesmente de apego à existência corpórea, para uns a decisão pode ser no sentido de manutenção da vida por aparelhos. Para outros, a ausência de funções motoras, sensoriais e de interação com o mundo pode ser degradante e descabida.

Nesse sentido, verificou-se que as decisões perquiriram os valores desenvolvidos pelas pessoas que se encontravam naquela situação ao longo dos anos. Chama a atenção o acórdão da Corte Italiana que faz uma retrospectiva não só da possível vontade da paciente como também de sua personalidade, para concluir que por ser amante da liberdade, não seria uma opção própria, permanecer no estado vegetativo, no qual já se encontrava há mais de dezessete anos.

Tomar decisões de como encarar os momentos finais de nossa existência é uma decisão complexa e difícil. Para muitos, o comportamento paternal é sinônimo de proteção. Podem preferir não ter que tomar decisões, sujeitando-se ao que for determinado por equipes médicas ou familiares. Contudo, para os demais que querem exercer plenamente seu direito de liberdade, nesta esfera predominante íntima, é necessário que instrumentos que permitam sua autodeterminação sejam reconhecidos e disponibilizados.

Um Estado que se pretende plural deve atender a todas as situações. Assim, o reconhecimento de atos de manifestação antecipadas de vontade atenderia a proteção que é devida pelo Estado no exercício das liberdades dos seus cidadãos.

O reconhecimento desse instrumento não tem o condão de autorizar práticas como o suicídio assistido ou a eutanásia, caso as práticas não sejam autorizadas pelo ordenamento jurídico.

Trata-se de um negócio jurídico unilateral, que como tal exige objeto lícito, qual seja, não contrário a lei. Nas sociedades que a prática da eutanásia ou do suicídio assistido vier penalizada, portanto, determinações nesse sentido são nulas, não produzindo nenhum efeito. Ou seja, o fato de virem expressamente dispostas em uma diretiva não tem o condão de converter esse objeto em um objeto lícito.

Tais circunstâncias confirmam que os instrumentos de diretivas antecipadas são atos que tem por fundamento maior a autonomia do paciente, tendo como limite os consensos sociais e os limites legais.

Salienta-se que, mantida a capacidade de comunicação, esse paciente seria ouvido e sua decisão atendida. As diretivas, assim, apenas visam consignar de forma prévia essas manifestações para o caso de que esse paciente, no momento em que se faça necessária sua decisão, não possa se manifestar.

Acolhida a possibilidade da pessoa manifestar sua aceitação, recusa ou pedido de suspensão de tratamentos na área médica, com mais razão deve ser considerada a possibilidade quando configurada situação grave de final de vida, em que a pessoa não possa mais expressar diretamente sua decisão.

3.8 O papel do Estado frente às liberdades individuais nas questões de fim de vida

Passa-se a analisar a posição do Estado frente às liberdades individuais, as limitações que possam ser impostas ao direito fundamental reconhecido e o espaço de proteção que deve ser conferido, direcionado para os cuidados em matéria de saúde e, em especial, para situações de fim de vida.

No acórdão do caso Nancy Cruzan, analisado no item 1.6.1 dessa tese, já era exposta a preocupação com a intervenção do Estado nas questões que diziam respeito à disposição do próprio corpo e a proteção ao incapaz, concluindo pela possibilidade de serem feitas maiores exigências quando se trata de pessoa incompetente, como é o caso das pessoas que se encontram em Estado Vegetativo Persistente.

O debate, pois, é direcionado para a atuação do Estado e os limites e exigências que possa impor, uma vez que se reconhece o direito a um fim de vida digno como um direito fundamental e as diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde como um instrumento para a manutenção da autonomia pessoal, nos momentos em que a pessoa não puder mais se manifestar.

O desenvolvimento de todo o potencial humano ocorre no meio social, em razão da necessidade relacional do homem. Assim, o papel do Estado como garantidor desses direitos fundamentais, organizador do espaço social que permita o desenvolvimento de cada um, e o respeito pelo próximo, é relevante.

A função do Estado no atendimento dos direitos fundamentais é delicada. Relembre-se que a ideia de Estado de Direito e reconhecimento de direitos fundamentais, em especial no que diz com os direitos individuais, surge com o intuito de limitar os poderes desse mesmo Estado de interferir na seara privada.

De toda sorte, como já se referiu, o espaço de convivência das pessoas deve ser garantidor dos direitos do homem, entre eles o direito a liberdade, mas delimitado por normas que permitam uma convivência harmônica. O Estado, assim, não deve intervir em espaço de decisões éticas pessoais, em respeito ao direito de liberdade do homem, mas deve estabelecer as normas limitadoras, que por vezes poderão reduzir essa liberdade conferida, impondo tais regras por meio de coerção.

O Estado depende da imposição de um Direito Penal, que pela coerção impeça a violação de direitos fundamentais. Em alguns casos essa possibilidade apresenta-se de

forma fácil e de consenso. Ninguém pode imaginar uma sociedade que se autorize tirar a vida do outro, podendo também perder a sua.

A criminalização do homicídio representa exatamente essa imposição do Estado, que ao limitar a esfera de liberdade de um, protege a do outro. Pela coerção pretende-se impor ao homem que não viole o direito à vida do outro, ficando sujeito a punição do Estado se o fizer.

Da mesma forma vários outros direitos assegurados são acolhidos e gozam de consenso na medida em que a vida relacional apenas é possível com essa imposição por parte do Estado.

Mas em uma grande parte de situações da vida cotidiana, essa delimitação não aparece de forma tão linear, e conduz ao debate se a intromissão estatal está dentro ou se ultrapassa o que se espera de sua atividade. Mesmo direitos liberais consagrados, e amplamente aceitos, suscitam controvérsias em detalhes que surgem no caso concreto, como é o caso das próprias liberdades, mesmo a liberdade de religião e de expressão.

É acolhida como necessária a limitação de liberdades para fins de garantia de outros direitos de igual importância. Questiona-se, contudo, quais casos, em que medida e sob que condições o homem pode ser privado de sua liberdade.

O debate, portanto, não diz respeito a possibilidade de limitações e de atuação coercitiva do Estado, que se tem por certo, mas direciona-se para a forma como essas restrições podem e devem ser impostas.

Dworkin identifica diferentes situações, que na análise específica, mesmo que direcionadas a limitação de liberdade, as vezes é possível estabelecer a restrição, outras não. Se é verdade que as leis impostas violam a liberdade quando atingem a autonomia, o que se torna necessário é identificar qual é essa parcela de autonomia que pode ou não ser atingida.

O autor diferencia a autonomia total de uma autonomia substancial. Entende necessário estabelecer de que liberdade se está a falar, para identificar o que pode ou não ser restringido. Retorna aqui a ideia da dignidade a servir como parâmetro para a análise⁷⁷¹.

Prossegue o autor identificando como critérios para assegurar essa autonomia a questão da independência ética. Sempre que uma lei negar a possibilidade da pessoa de

⁷⁷¹ Cfr. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, p. 563.

tomar decisões em questões éticas fundamentais⁷⁷², ou que a motivação seja a manutenção de valores éticos controversos na sociedade⁷⁷³, ou ainda, que conjuguem as duas hipóteses⁷⁷⁴, essas leis estarão violando a independência ética. Contrário sensu, leis que não pressuponham nenhuma justificativa ética ou cujo assunto não seja fundamental, ainda que imponham restrições à liberdade das pessoas, são possíveis, pois não atingem a independência ética⁷⁷⁵.

Necessário ainda identificar o que é fundamental ou não. Naturalmente que existem decisões na esfera pessoal que não são fundamentais para a decisão de bem viver, ainda que possam influenciar e alterar a forma de viver da pessoa em sociedade. Contudo, com vistas a regulamentação dessa convivência harmônica, é possível estabelecer limites a liberdade das pessoas, mesmo que o bem maior primeiro seja essa própria pessoa.

Assim, é necessário identificar os bens que são ou não fundamentais para fins de delimitar a atuação governamental na restrição às liberdades. Ingressa-se aqui, novamente, na questão do Estado de proteger e salvar a pessoa dela própria, e que, portanto, estaria apenas na esfera pessoal, sem atingir a terceiros.

Dworkin apresenta como exemplo a imposição da utilização de cinto de segurança, que embora possa restringir o ideal de algumas pessoas de viverem perigosamente, ainda assim não pode ser considerada como uma convicção fundamental para fins de como bem viver, ficando assegurada a restrição na medida em que justificada para reduzir custos no atendimento médico causado por acidentes⁷⁷⁶.

⁷⁷² As questões éticas fundamentais são questões de escolha íntima, essenciais para a independência e autonomia da pessoa. Exemplifica o autor: “Incluem-se aí as escolhas referentes à religião, aos compromissos pessoais íntimos e aos ideais éticos, morais e políticos”. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, p. 564.

⁷⁷³ Refere: “Enquadram-se nessa categoria a censura da literatura sexual e a obrigatoriedade da saudação à bandeira ou de outras manifestações de patriotismo, pois tudo isso depende, direta ou indiretamente, de uma escolha sobre as virtudes pessoais que se refletem numa boa vida”. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, pp. 564-565.

⁷⁷⁴ Como exemplo de leis que podem violar a independência ética de ambas as maneiras, o autor indica: “A proibição de relações sexuais ou do casamento entre pessoas do mesmo sexo restringem escolhas fundamentais e são quase sempre motivadas pelo desejo de proteger algumas concepções de bem viver e riscar outras do mapa”. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, p. 565.

⁷⁷⁵ Como exemplos, o autor indica: “quando o governo me induz a economizar recursos escassos, me obriga a pagar tributos e me proíbe de dirigir com negligência, ele não se apoia em argumentos éticos, mas argumentos morais. No entanto, nenhuma dessas leis nega minha responsabilidade de definir os valores éticos por mim mesmo, porque nenhuma delas têm o objetivo de usurpar minha responsabilidade de identificar uma vida bem-sucedida”. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, p. 565.

⁷⁷⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, p. 566.

Deve-se ter cautela para identificar em que questões pode haver essa interferência que, de uma forma ou outra, sempre representam uma limitação a autonomia pessoal. Vale dizer, em que medida decisões coletivas podem ser impostas quando dizem respeito a decisões da própria pessoa.

O princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com o valor liberdade serve como parâmetro para moldar quais as decisões em que a interferência do Estado na esfera pessoal é indevida e quais delas servem apenas para delimitar a boa convivência.

De acordo com a proposta de Dworkin, deve-se identificar a esfera de independência ética na qual a autonomia deve ser preservada. Decisões de cunho pessoal, que digam com questões éticas fundamentais, devem ser preservadas. Pode o Estado intervir e estabelecer limites, em questões não fundamentais ao bem viver, e mesmo nas questões referentes a decisões fundamentais, sempre que necessário para proteger bens fundamentais alheios, como a vida e a liberdade.

Com vistas à análise da possibilidade de interferência do Estado em espaços da vida privada do indivíduo, a teoria das esferas, desenvolvida pela corte alemã, serve como um parâmetro para análise dos espaços conferidos ao Estado para interferência.

Para Alexy, a teoria é bastante rudimentar, mas conclui que pode: *“nos limites de sua correção e utilidade, ser concebida como o resultado de sopesamento do princípio da liberdade negativa em conjunto com outros princípios contra princípios colidentes”*⁷⁷⁷.

Considerando a natureza dos direitos em voga nessa tese, a teoria das esferas permite identificar espaços que exigem maior proteção e, de consequência, menor intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, quais sejam, direitos que permaneçam na esfera mais íntima e que digam respeito apenas a direitos de seu titular.

Desenvolvida no âmbito da jurisprudência constitucional alemã, a teoria reconhece esferas diversas nas quais a proteção à liberdade é mais intensa quanto mais peso tiver o princípio da liberdade negativa e da dignidade humana.

Alexy identifica três diferentes esferas com intensidade de proteção decrescente⁷⁷⁸. A maior proteção à liberdade ocorre na esfera que denomina como «mais interior». Trata-se da esfera íntima e inviolável, ou seja, o âmbito mais interno de liberdade humana. Haveria ainda uma esfera que se pode dizer privada, que inclui todas

⁷⁷⁷ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 361.

⁷⁷⁸ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 361.

as atividades privadas ampliadas, que não se encontrem no âmbito íntimo. E, por fim, uma esfera social, que abrange as atividades da vida privada, mas que não se encontrem nas esferas anteriores.

A esfera íntima, de especial interesse nessa tese, a princípio, não afeta a esfera de terceiros ou de interesses da vida social. Alexy questiona se haveria âmbito de atividades tão restritas, concluindo que há um espaço de prevalência absoluta do princípio da liberdade negativa combinado com o da dignidade humana.

Para o autor, ao reconhecer que existe uma esfera íntima, que apenas diga respeito ao titular de direito fundamental, já há um sopesamento prévio, em que se reconhece que existem circunstâncias sob as quais o resultado seria tão óbvio de que somente diz respeito ao seu titular, que não haveria alteração, o que autoriza o reconhecimento da prevalência de um princípio⁷⁷⁹. Reconhece, contudo, que novas circunstâncias podem surgir e alterar o peso dos princípios. Ou seja, o acolhimento da teoria implica em conferir, a priori, maior peso ao princípio da liberdade negativa nas questões que digam respeito a esse núcleo íntimo e restrito do indivíduo⁷⁸⁰, podendo exigir nova ponderação ou refinamento desse sopesamento, se alteradas as variáveis.

De toda sorte, a teoria das esferas é um modelo interessante para a análise dos âmbitos de proteção de liberdade que devem ser observados pelos Estados.

Ao reconhecer esferas diferentes dentro de um mesmo âmbito de atividades privadas, fica claro que a proteção da liberdade será tanto maior quanto mais peso tiver o princípio da liberdade negativa, em especial na sua conjugação com o princípio da dignidade humana. Como consequência, haverá menor intervenção do Estado nesse espaço mais íntimo.

A teoria das esferas tem ligação com o reconhecimento da existência de um direito geral de liberdade, e da possibilidade da pessoa fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que não é proibido. Como refere Cachapuz, a teoria *“é utilizada para a delimitação*

⁷⁷⁹ Refere o autor: “Mas isso nada muda no fato de que existem circunstâncias sob as quais o resultado do sopesamento é tão certo que se pode falar de regras extremamente seguras que protegem uma esfera mais interior. O Tribunal Constitucional Federal pode aplicar essas regras sem realizar um sopesamento. Mas isso não muda o fato de que essas regras são o resultado de um sopesamento e que, em todos os casos duvidosos, é necessário recorrer ao sopesamento, seja no âmbito de um refinamento, seja no âmbito de uma redução ou de uma extensão”. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 362.

⁷⁸⁰ Conclui Alexy: “Na parte em que é correta essa teoria sustenta que a proteção da liberdade é tão mais intensa quanto mais peso tiver o princípio da liberdade negativa em conjunto com outros princípios, sobretudo o da dignidade humana. No âmbito da esfera mais interior as relações de peso são tão certas que podem ser expressas em regras relativamente genéricas. No mais, depende-se decisivamente de sopesamentos, em cuja face de liberdade se encontra o princípio da liberdade negativa ao lado de alguns princípios adicionais. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 364.

*jurídica precisa de espaços ao público e ao privado, é, por isso mesmo, matéria incluída no exame mais amplo de um direito geral de liberdade*⁷⁸¹.

Uma vez estabelecidas diferentes esferas, é possível graduar a intensidade de intervenção estatal, estabelecendo um espaço de livre decisão e atuação da pessoa, qual seja, a esfera mais íntima e que diga com questões éticas fundamentais. Reconhece-se a existência de *“uma esfera privada a todo o indivíduo, considerada como o espaço inviolável da liberdade humana, isolada de qualquer violação pela autoridade pública”*⁷⁸².

Desta ideia apresentada pela teoria das esferas fica certo a existência de um espaço de total liberdade e autonomia da pessoa, e que, portanto, o Estado deverá observar o seu dever de abstenção, qual seja, de não intervenção na tomada de decisão.

Se a liberdade é um direito fundamental, que qualifica a pessoa como humana e, assim, um diferencial importante a ser considerado, deve-se assegurar a essa pessoa o direito a realizar suas escolhas nas questões que lhe sejam fundamentais.

Contudo, como bem refere Dworkin, mesmo nessa esfera íntima, haverá questões que são fundamentais para o bem viver e outras que embora a intervenção possa se apresentar como um determinado limite, a situação não é tão relevante que possa atingir a essência da pessoa.

Assim, dentro dessa esfera «mais íntima» identificada no qual o valor liberdade, *a priori*, deve prevalecer, é importante a delimitação das decisões que, caso haja interferência, atingem o que Dworkin chama de independência ética, ou não.

Não há como excluir dentro dessa esfera íntima a vida e a morte da pessoa, assim como a possibilidade de dispor de seu próprio corpo. A reação diante da possibilidade concreta da morte é individual, e não há como saber o que cada pessoa sente. Como

⁷⁸¹ Conclui a autora: “Pressupõe que se parta da análise de que é necessária uma integração das liberdades individuais em sociedade, de forma que os indivíduos possam compartilhar o espaço de convivência pública com equilíbrio, pela possibilidade de manifestação equivalente de direitos fundamentais reconhecidos a todos. [...] Tal integração de liberdades requer, na essência, o acolhimento de um direito geral de liberdade, para a qual não basta uma substituição do direito geral de liberdade negativa por uma concepção concreta de liberdade – orientada exclusivamente por uma idéia de dignidade humana. Há também exigência de que a liberdade negativa seja uma condição necessária, mesmo que não suficiente, à dignidade humana. Ou seja, pressupõe que liberdade e dignidade caminhem, paralelamente, num mesmo sentido de construção de estruturas garantidoras de direitos fundamentais, e não como princípios que possam se opor, como limitadores, um do outro”. CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Fabris Editor, 2006. pp. 106-107.

⁷⁸² Cfr. CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade...**, p. 110.

refere Varela: “*nada transforma tanto o homem quanto a constatação de que seu fim pode estar perto*”⁷⁸³.

Sabe-se, porém, que esses bens comportam ainda uma gama de situações que vão das mais simples às mais complexas, nem todas com uma aplicação desse direito de liberdade de forma simples.

O tema dessa tese é um dos que mais desperta controvérsias, por estar em análise, entre os direitos fundamentais, direitos de reconhecida e necessária importância: a vida, sem a qual não se cogita de outros direitos; e a liberdade, aqui indicada como a possibilidade do homem de fazer suas escolhas pessoais, o que o caracteriza e o diferencia como pessoa humana.

Duas questões se apresentam, que embora ligadas, podem ter um tratamento diferenciado, quando se trata de questões de fim de vida. Uma diz com as limitações à decisão de pessoa competente e as balizas para sua manifestação, como, por exemplo, o direito de antecipar o momento final da vida ou a recusa de tratamentos, e as condições em que essas manifestações podem se dar. A outra é se pode haver diferença de tratamento para com as pessoas incompetentes e em que medida.

Embora não direcionado diretamente para questão da eutanásia e do suicídio assistido, decisões de fim de vida, referentes a recusa e/ou interrupção de tratamento, ainda que reconhecido o seu conteúdo ético, tangenciam essas questões maiores.

A análise das limitações e a forma jurídica de tratar a eutanásia, por ser a situação limite, nos permite uma boa análise da questão. Se a punição do homicídio, direcionado a evitar que terceiros possam dispor da vida do outro, penalizados em todos os países ocidentais gera pouca discussão, a eutanásia não goza da mesma unanimidade. E nitidamente teve alterações na sua compreensão, de cunho cultural.

Se a eutanásia já foi acolhida como uma forma digna de morrer, passou depois a ser penalizada e mesmo identificada como um grande mal, em especial em razão de decisões de cunho eugênico ocorridas na segunda grande guerra.

⁷⁸³ O autor, ao relatar suas experiências com pacientes terminais, deixa claro o quão individual é a reação a notícia da possibilidade de morte, e o quanto isso pode alterar a forma de cada pessoa encarar o mundo que a cerca e a própria vida: “No exercício da profissão aprendi que a reação individual diante da possibilidade concreta da morte é complexa, contraditória e imprevisível; impossível compartilhá-la em sua plenitude. [...] O diagnóstico de uma doença fatal é um divisor de águas que altera radicalmente o significado do que nos cerca: relações afetivas, desejos, objetos, fantasias, e mesmo a paisagem. “Nunca mais foi como antes”, ouvi de muitos doentes curados e de outros que vieram a falecer”. VARELLA, Dráuzio. **Por um fio**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. pp. 8-9.

Como já se referiu, um dos motivos para a aversão é o medo da chamada encosta escorregadia, qual seja, uma vez autorizada a eutanásia em determinados casos, seja ela estendida para outras situações que não os casos de real necessidade e com expressa solicitação do paciente.

Contudo, como se verifica nos poucos países que admitem a eutanásia, são estabelecidas regras e delimitadas as hipóteses, dentre as quais a existência de situação identificada como sendo de final de vida, de forma a não permitir que nas situações que fujam ao regramento possa se utilizar desse recurso.

Naturalmente que a simples regra legal não é impeditivo de má utilização, ou mesmo de debates acerca da configuração ou não da morte por piedade em circunstâncias outras que não estejam regulamentadas⁷⁸⁴.

Contudo, deve-se considerar que simplesmente vedar a possibilidade deixa em aberto o mesmo debate no caso concreto, sem a possibilidade de que em determinadas circunstâncias, nas quais representaria um exercício de direitos fundamentais, esta seja possível.

Fato é que ao longo do tempo, quer por esse medo de uma má interpretação da liberação, quer por uma identificação de supremacia do bem vida, a merecer maior proteção, a prática de eutanásia vem sendo rechaçada, e indicada como um ato de violação do bem vida, independente da circunstância pessoal diferenciada.

⁷⁸⁴ Na Bélgica, país em que a Eutanásia é autorizada por lei, desde o ano de 2002 e que recentemente passou a autorizar o procedimento também para menores de idade, um caso ocorrido em março de 2013 em que uma mãe tirou a vida de seus dois filhos deficientes e depois tentou se matar foi a julgamento e suscitou debate no país, se o fato foi assassinato ou ato de misericórdia.

Notícia veiculada sob o título “Bélgica julga mãe que matou filhos deficientes” apresenta a opinião de especialistas, sustentando que o caso não se trata de eutanásia. Demonstra, contudo, quão tênue são as circunstâncias e a necessidade de permanente atenção por parte das autoridades. Refere a matéria: “Não foi eutanásia - Este caso não se encaixa de forma nenhuma nas leis belgas sobre a eutanásia”, diz François Damas, membro da comissão que trata do assunto no país. A Bélgica legalizou o suicídio assistido em 2002, sendo o segundo país da União Europeia a fazê-lo, depois da Holanda. “A lei belga estipula que a pessoa precisa expressar, por livre e espontânea vontade, o desejo explícito e constante de que um médico a submeta à eutanásia. Esse desejo não pode ser expressado por outra pessoa”, afirma Damas à DW. “É o mesmo com crianças menores de idade. Crianças com doenças terminais que estão sofrendo mesmo com ajuda médica podem ter sua morte antecipada, mas elas precisam solicitar isso elas mesmas”, continua o especialista. [...] Mas independente do veredicto, ele não vai mudar o fato de que, na Bélgica, os temas da eutanásia e das pessoas com deficiência nunca andarão juntos, afirma François Dama, que dirige o comitê de ética de um hospital em Liège. “A lei nunca poderia ser ampliada para incluir a eutanásia em pessoas com deficiência”, diz o especialista. “Porque a ideia fundamental da lei é que ela requer uma decisão clara e autônoma do paciente. Se o paciente com deficiência mental é incapaz de tomar e expressar uma decisão tão clara e inequívoca sobre si mesmo, não pode haver eutanásia.” RONSBERG, Andrea. Bélgica julga mãe que matou filhos deficientes. **DW**, 02 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/b%C3%A9lgica-julga-m%C3%A3e-que-matou-filhos-deficientes/a-1908619>>. Acesso em: 09 out. 2016.

Em países, mesmo como o Brasil, de grandes diferenças sociais e culturais, e de notada falta de recursos econômicos para serem aplicados na área da saúde, há o temor de que seja utilizado para decidir quem vive e quem morre, de acordo com as exigências financeiras práticas, e não com a vontade do paciente, o que foge completamente do conceito de autonomia e morte digna⁷⁸⁵.

De toda sorte, como se verificou no segundo capítulo dessa tese, na sociedade contemporânea retoma-se o debate, tanto da eutanásia como do suicídio assistido, cada vez com maior força, com nítido viés na autonomia⁷⁸⁶.

O fato se justifica pela alteração das circunstâncias fáticas que envolvem o processo de morte nos dias atuais, no qual a evolução tecnológica, além dos benefícios, apresentou também muitos problemas no prolongamento da vida de forma desmedida. Ademais, como se referiu, as alterações fáticas da vida introduzem novos direitos e fazem pensar de forma diferente.

⁷⁸⁵ No ano de 2013 um inquérito policial na cidade de Curitiba-Paraná, em razão da notícia de mortes suspeitas na UTI do Hospital Evangélico, levou a prisão temporária e ao indiciamento da médica Virginia. A notícia relata parte dos fatos: “Foi divulgado na terça-feira (26), o inquérito policial que indiciou a médica Virgínia Soares Souza por homicídios na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do Hospital Evangélico de Curitiba. Segundo o inquérito, a polícia pediu a prisão temporária da médica chefe da UTI do hospital sob a acusação de ‘prática de crimes de homicídio consumado’. Os crimes chegaram ao conhecimento da polícia por meio de denúncia anônima. O intuito era o de liberar leitos da UTI. Para isso, a médica orientava a sua equipe e a de enfermagem a ‘desligar aparelhos de pacientes terminais’, cujo tratamento de nada mais adiantaria. Segundo o inquérito, isso ocorria com a ‘redução da passagem de ar nos aparelhos auxiliares de respiração e o uso de remédios’ como Pavulon e Proposol nos pacientes terminais, culminando na ‘redução da capacidade respiratória e consequente óbito’. Diante da narração desses fatos, a polícia solicitou junto à Justiça a infiltração de um policial no Hospital Evangélico e a interceptação telefônica de ramais da UTI. O policial teria realizado uma interceptação no dia 27 de janeiro entre a Dra. Virgínia e um interlocutor não identificado, no qual a médica se manifesta pelo desligamento de aparelho respiratório de um paciente terminal”. MANASSES, Miguel Angelo; NARESSI, Adriano. “Ele vai morrer, então vai desligando as coisas”, diz médica em inquérito. **Tribuna**, 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/painel-do-crime/ele-vai-morrer-entao-vai-desligando-as-coisas-diz-medica-em-inquerito/>>. Acesso em: 05 out. 2016.

⁷⁸⁶ Nesse sentido, recente reportagem relativa a situação Holandesa, prevendo o alargamento das hipóteses autorizadas de eutanásia. Refere a reportagem: “Proposta do Governo contempla ajuda para a morte de pessoas que acham já ter vivido o suficiente, apesar de não estarem doentes nem enfrentarem sofrimentos físicos insuportáveis”. O Governo holandês levou ao Parlamento uma proposta para regular a *assistência ao suicídio* de pessoas idosas que consideram já ter vivido o suficiente, apesar de não estarem doentes nem padecerem de sofrimentos físicos insuportáveis. A intenção é evitar que tirem a vida por conta própria. Essa premissa do suicídio assistido, ao qual o Conselho de Medicina do país se opõe, não está contemplada na atual Lei da Eutanásia (2002, o primeiro país a legalizá-la), que exclui os estrangeiros e só autoriza a prática – sempre aplicada por um médico, e apenas após consulta a outro colega – para pacientes desenganados, com dores insuportáveis e sem alívio e que tenham feito o pedido de forma voluntária e meditada. A proposta do Governo não detalha a partir de qual idade seria possível se beneficiar da nova fórmula”.

FERRER, Isabel. Holanda cogita autorizar suicídio assistido a quem ‘cansou de viver’. **El País internacional**, 16 out. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/13/internacional/1476354654_421296.html?id_externo_rsoc=FB_BR_CM>. Acesso em: 16 out. 2016.

O tema da eutanásia é um exemplo das diferentes formas de tratamentos, ao longo dos anos, decorrentes de circunstâncias fáticas concretas que redirecionaram a forma de ver e mesmo de interpretar o conceito.

É assim, por exemplo, que a aplicação da eutanásia para fins eugênicos desvirtuou o conceito de eutanásia, que por anos tem sido visto como um mal a ser evitado. Por outro lado, os recentes casos em que o prolongamento do processo de morte tem se mostrado inadequado reabrem o debate sobre a possibilidade de decisão pessoal em abreviar o tempo de existência, evitando sofrimento e dores maiores

Não por outro motivo que se pode constatar nesses últimos vinte anos o surgimento de leis que autorizam a eutanásia, como é o caso da Bélgica, da Holanda, da Colômbia e de Luxemburgo, bem como de outros tantos países e/ou estados membros, que acolhem a prática do suicídio assistido.

A mudança na forma de encarar o final de vida decorre de fatos concretos que geraram o debate e aos poucos foram encaminhando para a alteração da forma de aceitação dessas práticas. A alteração do ordenamento jurídico apresenta-se como forma de conformar as novas situações às regras legais.

O Estado, como regulador, deve estar atento a essas mudanças culturais e das expectativas sociais, que servem como referencial para o que se denomina de eficácia social da norma. Normas que estejam de acordo com as expectativas dos cidadãos terão naturalmente maior adesão e eficácia. Ainda que, pela coerção, possa o Estado exigir cumprimento de regras, é fato que a adesão social indica a adequação do ordenamento legal a realidade.

Pode-se constatar nítido encaminhamento para o acolhimento por um número cada vez maior de países ocidentais de práticas, que ao fim indicam a possibilidade da pessoa decidir o momento final de sua vida, mesmo antecipando (ainda que dentro de critérios) tudo com vistas a evitar sofrimento desmedido.

Dentre essas práticas, verifica-se uma maior facilidade no acolhimento do suicídio assistido, no qual há apenas a assistência de terceiros para que o ato se concretize, sendo o ato final da própria pessoa. Salienta-se que nos poucos países que regulam a eutanásia, também é aceito o suicídio assistido. Outros países e estados-membros, por sua vez, acolhem apenas essa prática. Essa tendência deixa antever a inclinação para o reconhecimento da autonomia da pessoa nas decisões que permanecem na sua esfera íntima.

Os Estados que estabelecem a possibilidade da pessoa optar pela prática da eutanásia ou do suicídio assistido reconhecem que, apesar dos cuidados paliativos permitirem um fim de vida com dignidade para algumas pessoas, podem não ser suficientes, de forma que entendem que deve ser aberta a possibilidade para a antecipação da morte⁷⁸⁷.

A justificativa para tal intento está na valorização da autonomia pessoal, e no fundamento maior da dignidade humana, que não permite impor situações dolorosas ou degradantes à pessoa.

Ainda que reconhecida a possibilidade de antecipação da morte, há que se tratar da questão de limites impostos nos casos de permissão dessas práticas.

Assim, as próprias legislações que autorizam, por exemplo, o suicídio assistido, limitam as hipóteses de sua aplicação e estabelecem requisitos objetivos que permitem avaliar a possibilidade da prática em cada caso.

Como já referido no capítulo segundo dessa tese, há certas questões que adquirem um consenso maior, como o fato de que as pessoas parecem aceitar melhor a morte de quem já está morrendo. Desta forma, a exigência de uma doença terminal, irreversível e progressiva para permitir a prática do suicídio assistido tem uma tendência a ser melhor aceita, do que pensar na possibilidade de antecipar a morte de alguém que tenha chances concretas e viáveis de cura.

Plaisted discute a diferença de tratamento diante do fato de que é autorizado para uma pessoa cujo prognóstico da doença seja de terminalidade, ou seja, de que não

⁷⁸⁷ Em guia que explica as possibilidades de pedido de fim de vida e do suicídio assistido na Holanda, em resposta à pergunta «porque os pacientes requerem eutanásia se um bom cuidado paliativo e terminal está à disposição?», reconhece que o paciente pode interpretar a sua dor como insuportável e em tais casos, a eutanásia pode representar um fim digno.

No original: “6 - Why do patients request eutanásia if good palliative and terminal care is available? The Dutch health care system is accessible to all and guarantees full insurance cover for terminal and palliative care. Unfortunately, even where patients are receiving care of the highest quality, they may still regard their suffering as unbearable and plead with their doctors to terminate their lives. In such cases, euthanasia could represent a dignified conclusion to good palliative care. (Livre tradução: Por que os pacientes solicitam eutanásia se está disponível bons cuidados paliativos e terminal? O sistema de saúde holandês é acessível a todos e garante cobertura completa de cuidados terminais e paliativos. Infelizmente, mesmo quando os pacientes estão recebendo o cuidado da mais alta qualidade, eles podem ainda considerar o seu sofrimento como insuportável e pleitear com seus médicos para terminar suas vidas. Em tais casos, eutanásia poderia representar uma conclusão digna a bons cuidados paliativos). NETHERLANDS. Ministry of Foreign Affairs. **Euthanasia**: A guide to the Dutch termination of life on request and assisted suicide (Review Procedures) Act. Disponível em: <<http://www.bioeticanet.info/eutanasia/lleieuhol.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

teria mais de seis meses de vida, de cometer o suicídio assistido, sob o argumento da autonomia pessoal, e não é concedido aos demais⁷⁸⁸.

O argumento para a restrição imposta é exatamente a proteção ao direito à vida como obrigação estatal.

Outrossim, o estabelecimento de requisitos e exigências claras estabelece o limite entre a prática correta da medida e a incorreta, de forma que, mesmo nos países em que a eutanásia é autorizada, a antecipação da morte poderá vir a ser considerada crime, ressaltando-se nesse ponto que o pedido do paciente se faz primordial, mesmo porque, na ausência da vontade deste, não se estaria a falar em própria eutanásia⁷⁸⁹.

A limitação, desta forma, encontra justificativa plausível e de acordo com os valores maiores. A liberação da possibilidade de antecipação da morte por parte de doentes terminais está ligada não só na questão da autonomia, como também na da dignidade e no direito à um fim de vida igualmente digno. Salienta-se que, quando situações de fim de vida se apresentam, não raro o processo de morte é doloroso, com dificuldade ou mesmo impossibilidade de manutenção de comunicação e interação com o ambiente social, que confirmam o quanto degradante pode ser esse final.

As limitações impostas, desde que aplicadas a todos, não configuram quebra do princípio da igualdade.

⁷⁸⁸ O tema já foi objeto de referência no item 2.3.1. Cfr. PLAISTED, Dennis. An Undignified...

⁷⁸⁹ Nesse sentido: "The basis of this law, often called the *Euthanasia Law*, is a distinction between interventions at the end of life that are called 'normal medicine' and those that are called 'not normal medicine'. Death in the course of a non-treatment decision, in the course of the alleviation of pain and suffering, including palliative sedation in case of refractory symptoms, are considered 'normal medicine', resulting in a 'natural death'. Euthanasia, physician-assisted suicide and ending of life without a request (with acronym LAWER) are considered 'not normal medicine'. Contrary to a general misconception, believing that PAD is 'legalized' in The Netherlands, it should be stressed that these interventions are still considered crimes. The subtle distinction of the euthanasia law is that each case of active help in dying may still be a crime, unless the intervention is carried out by a physician who has to report the act and will be evaluated on the basis of the conditions of the law. With the exception of the LAWER group: in the case of absence of a request criminal procedures will follow". (Livre tradução: "A base desta lei, muitas vezes chamada de Lei eutanásia, é uma distinção entre intervenções no final da vida, que são chamados de 'medicina normal' e aqueles que são chamados de 'medicina não normal'. Morte no decurso de uma decisão de não tratamento, no decurso do alívio da dor e sofrimento, incluindo sedação paliativo no caso de sintomas refratários, são considerados "medicina normal", resultando numa "morte natural". A eutanásia, suicídio assistido por médico e fim da vida sem um pedido (com sigla LAWER) são considerados 'medicina não normal ". Contrária a uma concepção geral equivocada, que acredita que a PAD é 'legalizado' na Holanda, deve sublinhar-se que estas intervenções ainda são consideradas crimes. A distinção sutil da lei eutanásia é que cada um dos casos de ajuda ativa em morrer pode ainda ser um crime, a menos que a intervenção seja levada a cabo por um médico que tem de comunicar o ato e será avaliada com base nas condições da lei. Com a exceção do grupo LAWER: no caso de ausência de um pedido procedimentos criminais seguirá"). KIMSMA, G. K. Death by request...

Há, porém, que se reconhecer a possibilidade de intervenção Estatal vedando essas práticas. Os argumentos contrários à eutanásia (reitera-se que apenas quatro países regulam a prática) e ao suicídio assistido (ainda em pequeno número) prevalecem. São esses argumentos que justificam a limitação ao direito da pessoa, em especial porque em ambas as circunstâncias há envolvimento, em maior ou menor grau, de terceiros para que as práticas que implicam em antecipação da morte se concretizem.

A possibilidade de vedação de recursos que conduzem a antecipação da morte, mediante coerção, se traduz na punição aos terceiros que praticam ou auxiliam na eutanásia ou no suicídio assistido.

É fato, porém, que ao se estabelecer a supremacia da vida, o Estado passou a interferir, inclusive em questões da esfera privada relativas à disposição do próprio corpo. Encontrar o limite de interferência, nas circunstâncias reais, a despeito das balizas apontadas, não incide de forma direta.

A despeito dessas limitações a antecipação da morte, porém, o que se verifica é que os países ocidentais já reconhecem que o prolongamento desmedido também é um mal a ser evitando, em razão de que a autonomia concedida para a pessoa em situação final de vida é cada vez maior, com acolhimento como uma opção ética e mesmo legal de decisões de recusa ou interrupção de tratamentos fúteis.

Reconhecer que a morte faz parte da vida conduz a aceitação dessa etapa final da existência e dos limites na busca de medidas curativas. Constatado que as medidas terapêuticas não surtiriam os efeitos curativos pretendidos, tem se entendido a possibilidade de recusa ou mesmo suspensão desses tratamentos como uma atitude adequada.

Contudo, na ausência de situações curativas, muito ainda pode ser feito pelo paciente, com vistas a manter a qualidade nesses momentos finais da vida da pessoa. A opção por cuidados paliativos mostra-se adequada e ética em etapas finais, pois permite que a pessoa seja acolhida e respeitada, trazendo maior tranquilidade para esses momentos.

Nesse sentido, como já referido no item 2.4 dessa tese, quando se tratou sobre a importância dos cuidados paliativos, verifica-se que a grande maioria das pessoas pretende, em verdade, essa atenção nos momentos finais do que uma real abreviação da morte. O manejo correto desse período atenderia a grande maioria dos casos, sem exigências de medidas extremas que possam ser tomadas.

Desta forma, a atenção deve ser para a qualidade de vida da pessoa, mesmo quando próximo o fim. Já foi referido que a conservação da autonomia é um dos fatores que confere a percepção de qualidade. Daí porque é importante conferir espaço de liberdade para as decisões de cuidados de saúde.

Conforme sustentado no item 3.7, o fim de vida digno deve ser considerado como um direito fundamental da pessoa, conjugando o direito à vida, que se estende até o final da existência e a liberdade que permite a pessoa realizar escolhas de acordo com as suas crenças e valores, direcionados pelo princípio maior da dignidade.

Ao Estado exige-se que esteja aberto para o acolhimento de novos direitos que se apresentam diante das alterações concretas do modo de viver das pessoas, impostas pelas necessidades ou pelos novos conhecimentos agregados. A vida é sempre mais ágil do que o estabelecimento de formal dos direitos.

Nesse sentido, cabe referir os ensinamentos de Hesse que, ao analisar a questão da eficácia normativa das constituições, já alerta para o fato de que devem estar de acordo com os dados de realidade, e serem passíveis de se adaptarem às novas condicionantes. *“Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”*.⁷⁹⁰.

A interpretação que é conferida ao sistema das normas constitucionais deve estar de acordo com a realidade posta, o que lhe conferirá maior força. Com isso, os princípios maiores, indicação dos valores acolhidos no ordenamento jurídico, direcionam a leitura de direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o fio condutor dessa leitura. O direito à vida, pois, deve ser conjugado com o direito à liberdade e autonomia, o que, aliado a dignidade inerente, conduz para o reconhecimento de um fim de vida digno como um direito fundamental de igual importância.

O fim de vida digno apresenta-se como um novo direito fundamental a ser recepcionado sempre que a defesa do direito à vida de forma incoerente e irracional possa conduzir a uma verdadeira quebra da dignidade pessoal, com imposição de

⁷⁹⁰ Diz o autor: “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo. [...] Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes”. HESSE, Konrad. **A força...**, p. 21.

momentos de dores e sofrimento que sejam insuportáveis no conceito pessoal do paciente.

Uma vez reconhecido o direito a um fim de vida digno, é importante salientar que, como verificado quando se tratou das restrições a direitos fundamentais, estas devem ser fundamentadas e não atingir o núcleo do direito.

Na medida em que determinada legislação veda práticas como da eutanásia e do suicídio assistido, mas reconhece o direito do paciente pela recusa ou interrupção de tratamento e em optar por cuidados paliativos no momento final da vida, de forma que receba atendimento e atenção devida sem intromissões demasiadas, impostas por tratamentos fúteis, não há dúvidas de que a restrição imposta não atinge o núcleo do direito que é a manutenção da dignidade da pessoa nesses momentos finais.

Como já referido, a distinção entre os espaços públicos e privados do ordenamento jurídico não é significativa, uma vez que as normas constitucionais, em especial relativas aos princípios maiores, irradiam seus efeitos por todo o ordenamento, importando na leitura das regras privadas com os mesmos valores maiores.

Nesses termos, as leis infraconstitucionais, mesmo que direcionadas apenas para as relações privadas, devem estar de acordo com esses valores maiores, impostas para o fim de harmonização e segurança da vida em coletividade.

Autonomia significa a liberdade conferida à pessoa para se autodeterminar quanto à sua própria dignidade e tem sua tradução mais forte no princípio do desenvolvimento da personalidade, que permite eleger valores e adotar um plano de vida que entender, inclusive quanto ao seu final.

A autonomia pessoal deve ser entendida não apenas com a tomada de decisão de forma livre e sem coação, mas também com a possibilidade de agir de acordo com essa decisão.

Daí porque Estados que reconheçam a dignidade da pessoa humana, seu direito de agir de forma livre e autônoma, a possibilidade de convivência em sociedade de pessoas com crenças e valores diversos, não poderão estabelecer condutas padrões. Devem, ao contrário, prever mecanismos legais que permitam o agir de acordo com o direcionamento da pessoa, com limites apenas no que puder interferir na esfera do outro ou em prejuízo da sociedade como um todo.

Naturalmente que um Estado direcionado para o atendimento do padrão moral dominante encontra ressonância dentre aqueles que compartilham desse mesmo ideal,

por facilitar sua vida pessoal e social, bem como a transmissão de seus valores entre gerações⁷⁹¹.

Contudo, excluem da atenção estatal todos aqueles que, dentro da possibilidade de livre desenvolvimento, acolhem valores diversos, embora igualmente decorrentes de um conceito racional. É importante ficar claro que as determinações do Estado não podem ser de uma superficial liberdade, de forma que tudo que entender que não estaria de acordo com o padrão moral da maioria fosse proibido. Um Estado democrático e plural, como pretendem ser os Estados de Direito contemporâneos, deve permitir a convivência de todos os indivíduos, independentemente de suas crenças e valores.

Ademais, deve-se lembrar que as restrições impostas por padrões morais estariam afetando diretamente o campo de independência ética de cada pessoa. Ou seja, diferente de regras que não tratam de questões fundamentais da vida, nessa seara existencial de grande importância, a restrição não pode ocorrer.

Nesse sentido, ainda que na vida relacional estamos sujeitos a conviver com padrões de moralidade, em alguns casos da maioria, um Estado plural deve estar atento para preservar espaços de independência ética a todos e não impor um determinado padrão⁷⁹².

Do exposto, conclui-se que embora possível as limitações impostas pelo poder público, para fins de organização e harmonização da vida em sociedade, estas devem ser

⁷⁹¹ Dworkin analisa que o paternalismo ético de outrora, facilmente identificável em situações como a inquisição ou a censura a pornografia, tem agora como justificativa a equidade, que considera que a maioria dos cidadãos tem direito à cultura ética que consideram melhor, mas que devemos estar atentos para possibilitar que a decisão de uma maioria política não seja imposta, mas que seja concedido espaço de autonomia a todos. Exemplifica o autor: “[...] têm o direito de viver e de educar seus filhos numa cultura que permita e encoraje um estilo de vida que eles admiram. É muito mais fácil para as pessoas apegarem-se à religião de seus pais com a convicção e o fervor quase cegos que lhes parece ideal, e transmitirem a seus filhos a sua própria fé intensa, quando essa fé é oficialmente apoiada e exaltada; isso é mais difícil quando as religiões rivais e o ateísmo triunfante têm direito à mesma voz. É mais fácil nos sentirmos à vontade com nossas atitudes conservadoras em relação ao sexo quando imagens sexuais chocantes não se apresentam a todo momento nas capas de revistas e na publicidade. Por que, nesse caso, a maioria não deve ter o direito de impor a todos a cultura religiosa ou sexual de sua preferência? Ela tem, dentro de limites razoáveis, o direito de proteger coisas que considera dotadas de valor impessoal, cobrando tributos para construir museus e proibindo o desmatamento. Pode me proibir de construir uma arranha-céu no meu terreno ou de instalar outdoors publicitários ou flamingos de plástico no meu jardim. Por que não poderia proteger da mesma maneira a cultura religiosa e sexual que favorece?” DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, pp. 566-567.

⁷⁹² Nesse sentido, conclui Dworkin: “Não podemos escapar à influência do nosso ambiente ético: estamos sujeitos aos exemplos, exortações e celebrações das ideias de outras pessoas sobre como viver. Mas temos de insistir em que esse ambiente seja criado sob a égide da independência ética: que seja criado organicamente pelas decisões de milhões de pessoas dotadas de autonomia para fazer suas próprias escolhas, não pela imposição arbitrária, a todos, das decisões de uma maioria política”. DWORKIN, Ronald. **A raposa...**, p. 567.

racionais. Ademais, há que ser observado os conceitos culturais e sociais vigentes que conduzem as opções do Estado.

A despeito dos vários problemas que, sem dúvida, passarão a suscitar, bem como do reconhecimento da necessária restrição para casos e circunstâncias especiais, na esteira do que já foi dito de que nenhum direito, mesmo fundamental, é absoluto, importante que seja acolhido e observado como direito básico do ser humano ter um fim de vida com dignidade.

Desta forma, o Estado não pode adentrar em seara que não lhe diga respeito, sendo o primeiro a ter que observar as normas. E, dentre elas, especialmente, normas de direitos fundamentais, sendo permitidas restrições a esses direitos, desde que não atinja seu núcleo essencial. As restrições são possíveis com vistas a regulação do convívio social, meio no qual a personalidade de cada indivíduo será desenvolvida e a proteção individual, em especial, quando reconhecidas situações de vulnerabilidade pessoal.

Esses conceitos todos, de certa forma, são paradoxais. Ao mesmo tempo que são asseguradas liberdades, são restringidas essas mesmas liberdades. Equacionar o individual e o social torna-se um desafio. Exige sempre atenção, em especial das situações concretas, frente às quais é possível até mesmo identificar a supremacia de um direito frente ao outro, mesmo quando ambos são fundamentais.

Por outro lado, ao privilegiar o direito de escolha do paciente e o exercício de sua autonomia pessoal, o Estado estaria permitindo esse desenvolvimento sem atingir as esferas de inter-relação.

Desta forma, dentro dessa esfera mais íntima de reconhecida autonomia do indivíduo, na qual a pessoa pode fazer escolhas que digam com seus bens existenciais de maior importância, e na qual não há qualquer ligação direta com direitos ou bens de terceiros, deve ser reconhecida, a priori, a possibilidade de que tome as decisões e as coloque em prática. Mesmo na esfera mais íntima, as variáveis podem direcionar para uma intervenção estatal, a despeito do reconhecimento de que esta é a esfera de predominância da liberdade negativa.

Para tanto, é necessário que o Estado disponibilize instrumentos que atendam essa expectativa e não limitem as opções. Nesse sentido, pois, os atos de manifestações de vontade com relação aos cuidados de saúde e fim de vida representam um caminho, por permitirem o exercício da autodeterminação, mesmo em períodos de ausência da capacidade de expressão da pessoa.

Nesse instrumento, a pessoa tem a possibilidade de expressar sua decisão de acordo com as crenças e valores pessoais, optando por terapias, ou negando o que lhe parece ser demasiado, mesmo nas circunstâncias em que não possa mais expressar sua vontade.

O reconhecimento de que manifestações de vontade prévia válidas devem ser observadas confere segurança a todos aqueles que delas queiram se utilizar.

A disciplina legal expressa dessas declarações de vontade permite estabelecer critérios e requisitos que assegurem a autoria, validade e principalmente a eficácia.

Não se desconhece que para a real efetividade não basta o acolhimento legal, mas também o reconhecimento pelo olhar social. De toda sorte, o reconhecimento legal é um passo para o reconhecimento social.

O Estado, de toda forma, não precisa estar preocupado com a adesão total a esse instrumento. Se estamos falando que deve ser plural e permitir as mais diversas manifestações de cunho pessoal, deve apenas estar preocupado que, aqueles que pretendem o exercício de sua autonomia também para os momentos finais, tenham a sua disposição a possibilidade desse exercício.

Ao estabelecer regras para esse documento, deve ter presente a conjugação de interesses e a necessidade de se conferir segurança. É possível que as regras conduzam a determinadas limitações, naturalmente que com base em argumentos racionais. A exigência, por exemplo, de que a pessoa para fazer uma diretiva antecipada tenha que ser maior e capaz, não implica em restrição indevida para com a pessoa incompetente, que nessas circunstâncias exige maior proteção.

Igualmente, o estabelecimento de um prazo de eficácia de uma diretiva antecipada tem por finalidade conferir segurança para o seu cumprimento, em especial para o paciente. A necessidade de revisar suas diretivas em determinados períodos de tempo, confirmando, adequando ou simplesmente revogando, confere a segurança de que estão de acordo com a real vontade do paciente e de acordo com a expertise médica do momento.

Na ausência de disposição expressa de que manifestações antecipadas são aceitas, deve-se ter em conta que, como se trata de um documento legal, que encontra seu fundamento em princípios constitucionais maiores, deve ser igualmente acolhido.

De toda sorte, a simples disposição expressa de reconhecimento desses documentos, como é o caso da inclusão no Código Civil Alemão, e no Código de Saúde

Pública francês, já permite referendar sua importância e o fato de que devem ser acolhidos. A disciplina legal detalhada desses documentos, como é o caso da lei portuguesa, por sua vez, permite uma maior segurança e o estabelecimento de requisitos claros, a conferir maior eficácia.

Nas várias hipóteses que se apresentam, é importante que sejam analisadas as questões legais, de forma a conferir o efeito que desses documentos se espera.

Por esse motivo que a segunda parte dessa pesquisa é voltada para a construção de uma dogmática jurídica específica desses instrumentos que permitem projetar a vontade da pessoa, com relação aos tratamentos e cuidados da saúde, nos momentos em que não possa se manifestar pessoalmente, mantendo sua autonomia pessoal em questões que dizem respeito a sua esfera íntima, qual seja, decisões a respeito de seu corpo e sua vida e, de consequência, sua morte.

NOTA CONCLUSIVAS PARTE I

Capítulo primeiro

1. A visível evolução científica e, mais especificamente, no campo médico-tecnológico, ao mesmo tempo que traz benefícios para a humanidade, suscita novos debates éticos.

2. A bioética é um espaço para o debate dos problemas suscitados pelas ciências da vida, que tem contribuído para a reflexão dos avanços científicos, buscando soluções éticas para esses novos dilemas/problemas.

3. Na área da saúde, em um movimento iniciado há muitos anos, e com contribuição dos debates bioéticos, é nítida a alteração que vem ocorrendo nas relações pesquisador/investigado e médico/paciente.

A alteração não é linear. Não se pode falar em supressão de um modelo por outro, mas em uma visível alteração de comportamento que aos poucos vai ganhando força e faz com que um modelo inter-relacional se sobreponha ao modelo paternalista de atendimento.

O modelo paternalista parte da ideia de que o detentor do conhecimento técnico e da experiência sabe o que é melhor para o outro, impondo assim sua decisão, tal qual um pai age em relação ao filho. Contudo, embora o intuito seja o de proteção, quer porque pode não estar com a razão, quer porque desconsidera situações da esfera íntima do paciente, esse modelo não confere o respeito que se deve ter à pessoa e a sua capacidade de tomada de decisão.

4. A teoria do consentimento informado, desenvolvida nesse espaço de debate ético, demonstra a preocupação tanto como o bem da pessoa, como do respeito à sua autonomia.

Permite, assim, a interação proposta na relação médico/paciente, reconhecendo que o médico é o detentor do conhecimento, mas que para atuar sobre o corpo e vida do paciente/investigado precisa do consentimento desse. Esse consentimento, que deve ser livre e esclarecido, impõe ao médico a obrigação de prestar as informações que sejam necessárias e suficientes para permitirem ao paciente processá-las, avaliar as opções e, de forma racional, decidir.

5. Reconhecer a necessidade do consentimento do paciente para tratamentos médicos exige reconhecer igualmente seu direito de dissenso, vale dizer, de recusar ou suspender tratamentos aos quais não concorda em se submeter.

6. Admitindo-se que a pessoa está no centro das relações (estatais, sociais, pessoais), o respeito pela sua autonomia nada mais é do que conferir o tratamento digno de que é merecedora.

Somente a própria pessoa tem condições de tomar as decisões sobre questões de sua esfera íntima, como são a disposição do seu corpo e da sua vida.

7. A dinâmica da vida pode levar a situações em que a pessoa não esteja mais apta a se manifestar, o que pode gerar embates familiares e sociais, quanto a melhor decisão a ser tomada.

8. Várias situações foram levadas aos tribunais, em especial nas situações limitrofes, nas quais às pessoas se encontravam em estado vegetativo persistente e permanente, mantidas apenas por alimentação e hidratação artificial.

Nos quatro acórdãos selecionados para exame nessa tese constatou-se que todos se encaminharam para reconhecer a possibilidade da pessoa recusar tratamentos médicos, assim como a qualificação de que manutenção de alimentação e hidratação por sonda nasogástrica enquadra-se na qualidade de tratamento e, como tal, possível de ser recusado.

Os embates e divergências centram-se na impossibilidade de delegação de decisão dessa natureza, com resultado possível de morte, à terceira pessoa, seja familiar próximo, equipe médica ou um tribunal.

Nos acórdãos em que houve a autorização, pois, perquiriu-se da vontade presumida do paciente, diante da inexistência de uma manifestação prévia clara. Reforçam, assim, a importância de documentos que consubstanciem essas vontades.

9. Em razão de situações fáticas reais que chegaram ao judiciário, nas quais se debateu a possibilidade de suspensão de tratamento de suporte vital, surgiu a ideia de se estabelecer documento que contenha a manifestação de vontade da pessoa. Redigido quando maior e capaz, projeta os tratamentos que pretende ou não se submeter ou registra seus valores e conceitos de vida, que possam contribuir para decisões de cuidados de saúde que se façam necessárias quando não tiver mais condições de se manifestar.

10. A inclusão desses documentos no meio médico e também social é lenta. Vem ganhando maior adesão, em razão da constatação de sua necessidade, mas também pela orientação, inclusive em âmbito internacional, de respeito à pessoa e a sua autonomia.

Nesse sentido, pode-se ressaltar a Resolução nº 1.859 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, do ano 2012, que encaminha orientação exatamente pelo acolhimento das decisões pessoais.

Igualmente, a inclusão nos ordenamentos pátrios, dentre os quais se ressalta a legislação portuguesa de 2012, que disciplina de forma específica as diretivas antecipadas de vontade, criando um registro nacional. A lei atende a recomendação de que esses instrumentos sejam preferencialmente escritos e de acesso quando necessário.

11. A inclusão e concreção de documentos dessa natureza, dadas as dificuldades na elaboração e cumprimento, são muitas. Seu acolhimento, contudo, atende aos princípios constitucionais maiores. Mostra-se como um importante instrumento de promoção da autonomia pessoal e da dignidade da pessoa, nos países democráticos de direito.

Capítulo segundo

1. A forma como a morte é tratada na sociedade alternou-se ao longo do tempo. Houve períodos em que era encarada de forma mais amena, outros com maior aversão.

Em todos os tempos, porém, é dado dominante a tentativa de dominá-la e vencê-la. Essa luta contra a finitude da vida é motivo de um maior desenvolvimento. É em razão dessa luta, sabidamente invencível, que se chegou a evolução científica atual.

2. Na sociedade contemporânea, a nota predominante é da negação da morte. Criou-se um verdadeiro tabu, que impede o tratamento de temas que digam respeito ao fim da vida de forma aberta, o que demonstra o imenso medo da morte.

Chama a atenção que, à medida que a ciência evoluiu e se tornou possível evitar uma série de doenças e curar outras, deixou-se de lado debates sobre o sentido da existência humana, encontrando nos prazeres terrestres a motivação para o prolongamento da vida.

3. Possivelmente por esse motivo é que se percebe um afastamento dos conceitos religiosos, embora esses ainda sejam o espaço nos quais mais se debate sobre a finitude humana.

Como a ciência não tem resposta para todas as questões que se apresentam, acaba-se retornando para os espaços religiosos sempre que há necessidade de um conforto espiritual.

É fato que também as instituições religiosas adequaram-se às novas realidades, tanto que, em rituais fúnebres, abriram maior espaço para as manifestações individuais da pessoa que morreu do que para questões religiosas.

4. O medo da morte e o apego a manutenção da existência corpórea é sentido na exagerada medicalização do fim da vida, na internação dos pacientes terminais, que com isso passam seus últimos momentos longe de familiares e afetos, rodeados por profissionais médicos, e ligados a máquinas e tubos, em uma tentativa desesperada de vencer a morte.

5. A morte é a cessação irreversível das funções vitais.

Com as novas técnicas de suporte vital, que permitiram as reanimações, por exemplo, a ciência mostrou que é possível a reversão de muitos casos que antes levariam inevitavelmente a morte. Outros tantos permaneceram em um chamado coma não evolutivo, que levaram as primeiras evidências da morte pelo critério encefálico.

Pode-se dizer que poucas questões alcançaram tanta aceitação como esse critério de morte encefálico, que vem acolhido por grande parte dos países como critério de declaração da morte.

Em alguns países, a exigência é de constatação da morte cerebral global. Outros apenas do tronco cerebral. Em ambos, contudo, chega-se ao mesmo resultado de morte pelo critério da morte encefálica.

A adoção desse critério traz benefícios ao paciente, mas sem dúvida tem um componente de racionalização de recursos, quanto mais que possibilitou a incrementação dos transplantes de órgãos.

A situação de morte encefálica é diversa do coma e de estados vegetativos persistentes, nos quais, embora tenha ocorrido a cessação de atividades da parte superior do cérebro, permanecem intactas atividades vitais outras.

O debate sobre esse critério de declaração da morte permanece, e vai desde os opositores da adoção do critério de morte encefálica como determinante da morte da pessoa, até a perspectiva de alterar o critério para o de morte cerebral superior.

6. A antecipação do momento da morte é uma possibilidade que sempre foi tratada. Entram nessa categoria o suicídio, o suicídio médico assistido e a eutanásia. São, contudo, situações diversas e, desta forma, devem ser tratadas com suas peculiaridades.

7. Grande parte dos suicídios (consumados ou tentados) ocorrem com pessoas com problemas de saúde mental, que não conseguem se adaptar aos padrões sociais e assim buscam a solução abrindo mão de sua vida. A decisão é em razão da pressão externa, e geralmente são movidas pelo impulso. A atenção para essas situações é um dever do Estado, que age aqui no intuito de cuidado, atenção e proteção da pessoa.

8. Já o suicídio assistido, assim como a eutanásia, pressupõe uma decisão racional e livre de pressões externas. Configura-se um exercício de liberdade e autonomia. Tem por finalidade acabar com o sofrimento desnecessário, contínuo e insuportável, em situações clínicas irreversíveis.

Há uma decisão por morrer de forma mais rápida, quando a outra opção disponível é sofrer para morrer na sequência. Assim, o que se evita é o sofrimento prolongado e não a morte.

9. A eutanásia e o suicídio assistido são situações que implicam na antecipação do fim da vida. São questões polêmicas, pois atentam contra o bem vida de forma efetiva. Na lógica da autonomia pessoal e da garantia de um Estado que respeita a pluralidade de pensamentos, o caminho é, sem dúvida, pela liberação dessa antecipação.

É assim que, por exemplo, países como a Bélgica e Holanda reconhecem a possibilidade da eutanásia e do suicídio assistido, não sem estabelecerem uma série de requisitos nos quais é necessário se adequar.

Salienta-se um direcionamento para a necessidade de que a pessoa doente se encontre em fase terminal. Possivelmente, a determinação decorre do reconhecimento de que não há problema em antecipar a morte de quem está morrendo.

10. Há o medo de que a aceitação de práticas visando a antecipação da morte possa levar ao entendimento ao que se costumou chamar de “encosta escorregadia”, ou seja, de que situações que não entram nessa conformação também passem a ser aceitas. Parece ser o maior entrave para a aceitação social dessas práticas.

Estabelecer um regramento indicando os casos em que serão aceitas não atenta contra a autonomia propugnada, senão que age como ponderação entre direitos de uma mesma importância, adequando a intensidade de proteção destes. Esse regramento conferiria, pois, o limite necessário para evitar o alargamento de interpretação dessa possibilidade.

11. Por vezes parece ilógico que se aceite a recusa ou mesmo a suspensão de tratamentos em andamento, não aceitando que, nessas mesmas circunstâncias, a pessoa possa solicitar a antecipação da morte, evitando sofrimento e agonias finais.

Contudo, embora em ambos a justificativa possa ser de não causar maior sofrimento, há nítida diferença na intenção, pois uma visa antecipar o momento do fim enquanto a outra apenas deixa que se instale no seu tempo. Não é demais lembrar que o prolongamento apenas foi possível por obra do homem e da ciência que ele desenvolveu.

Assim, os caminhos da sociedade podem parecer lentos, mas também são para fins de adaptação às novas realidades. Nesses termos, é possível que opções de antecipação da morte venham a ser consideradas como justificadas em determinadas circunstâncias por um número cada vez maior de comunidades.

Na atualidade, contudo, o que se verifica é que mesmo em países que já tratam da situação da eutanásia e suicídio assistido, não há um grande número de pessoas que buscam essas práticas.

12. Os maiores problemas atuais são encontrados no prolongamento da vida de forma desmedida e no equivocado manejo da dor. Muitos tratamentos conseguem, realmente, adiar o momento da morte, mas na grande maioria das vezes, seus efeitos são extremamente pesados e apenas prolongam o processo da morte, de forma dolorosa e sofrida.

Medidas de suporte vital realizadas não raro deixam sequelas, em especial nas doenças progressivas, mas conseguem prolongar por um maior tempo a existência, mesmo que com comprometimento de funções essenciais da natureza humana, como, por exemplo, a comunicação.

A constatação de que muitos desses tratamentos são fúteis, ou seja, não agregam nenhum benefício ao paciente, ganham força. No lugar de se tentar a cura, tratamentos outros, de alívio da dor e atendimento integral do paciente, começam a ser implantados.

O correto manejo dessas situações finais de vida apresenta-se como o maior desafio atual. Pedidos de eutanásia e suicídio assistido têm, por fim, evitar um

sofrimento desnecessário e a implementação de esforços que não trazem nenhum benefício.

Possivelmente, adequando-se esses tratamentos paliativos, de forma a permitir que o final de vida siga seu curso natural, serão encaminhadas decisões de fim de vida para essa direção e não a da antecipação.

13. O apego à vida em muitas ocasiões é por parte do outro. Familiares próximos que tem maior dificuldade em encarar a morte do que do próprio paciente.

Por vezes, é a própria equipe médica que encara a morte como um fracasso da sua atuação. A cura, porém, é apenas uma das obrigações médicas, enquanto que o atendimento ao bem-estar do enfermo está sempre dentro das suas obrigações.

Na área médica, o desenvolvimento dos cuidados paliativos é uma demonstração dessa nova visão de atendimento integral do paciente terminal, qual seja, aqueles em que se constata que a morte ocorrerá em breve, independente dos procedimentos que sejam tomados.

14. Procura-se o equilíbrio nas decisões de fim de vida, partindo-se do reconhecimento da finitude humana. Desta forma, sabe-se que não é a recusa em realizar um tratamento que irá causar a morte, mas sim a doença que já está instalada.

15. Essa nova visão encaminha para um fim de vida digno, que não tem ligação com a sua duração, mas com a sua qualidade.

No caso de doenças incuráveis e neurodegenerativas em estado avançado, ou mesmo em casos de EVP, nos quais a cura já não é mais uma possibilidade, buscar tratamentos de manejo de dor que evitem sofrimento desnecessário demonstra o respeito pelo paciente.

Não é abandonar o paciente. Ao contrário, é prestar-lhe atendimento global, com atenção a todas as suas necessidades, não só físicas, mas também psicológicas e afetivas.

16. É importante reconhecer que não há um padrão correto de comportamento. O que é bom para um pode não ser para o outro. Para alguns a dor pode ser redentora, para outros pode ser apenas um encargo a evitar. Desta forma, é importante que a orientação do caminho a ser tomado, seja aceitando ou recusando um tratamento, parta do paciente.

17. Assim, em questões de fim de vida, com mais razão, o respeito à autonomia da pessoa, difundido como um princípio bioético, deve estar presente.

Este respeito se mostra no diálogo aberto sobre as situações de saúde, na capacitação do doente para que possa decidir e na atenção e observação da decisão que for manifestada.

18. Na impossibilidade de manifestação, situação que se apresenta com frequência em fim de vida, a manifestação prévia da vontade é uma forma de garantir esse respeito.

As diretivas antecipadas, pois, surgem como um desdobramento de toda a teoria do consentimento informado e do princípio do respeito à autonomia do paciente.

Sua elaboração e sua aplicação apresentam vários problemas. Contudo, a sua ausência pode implicar em problemas maiores e manutenções de quadros clínicos que não ocorreriam se o paciente pudesse se manifestar.

O acolhimento desse instrumento, pois, garante o exercício da autonomia pessoal, efetivando direitos fundamentais da pessoa.

Capítulo terceiro

1. Direitos humanos são os direitos conferidos ao homem, em razão de sua condição humana. Representam um mínimo ético universal que deve ser observado. Unem determinadas características que lhes são próprias, das quais destaca-se o fato de que se dirigem a todos os homens.

2. Os direitos humanos, quando ingressam de forma sistematizada no ordenamento jurídico, são tratados como fundamentais. Enquanto direitos fundamentais, abordam esses direitos do homem e também de sua relação com o Estado. Funcionam como um freio ao Estado, na medida em que impõem ações negativas (de abstenção, de não fazer) e também positivas (de proteção).

3. É importante que se tenha uma delimitação desses direitos, tanto quanto ao seu titular como quanto ao seu conteúdo, evitando o uso demasiado, que possa enfraquecer a sua importância.

4. As declarações de direitos do homem deram origem ao constitucionalismo moderno, no qual se reconhece a força normativa da Constituição e a propagação de seus valores no ordenamento jurídico, e tem os direitos fundamentais como sua parte mais nobre.

5. Os direitos fundamentais surgem com o viés liberal, pretendendo maior liberdade das pessoas nas decisões da vida privada e, portanto, exigindo postura de abstenção por parte do Estado. Mas a imposição do direito de igualdade, em especial de uma igualdade material, impõe também atos de prestação por parte do Estado.

As declarações de direitos são voltadas para a garantia dos direitos fundamentais individuais, sem os quais não se pode falar em direitos sociais. Esses direitos, contudo, são complementares.

6. O direito fundamental de liberdade é o que coloca em xeque a postura do Estado. São as liberdades que exigem por parte do Estado maior abstenção.

Benjamin Constant distinguiu o que ele chamou de liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, nesta prevalecendo o elemento individual.

Na sua origem, o surgimento desses direitos fundamentais implica em um período no qual o individualismo é visto como um valor, reconhecendo que cada pessoa é distinta das demais.

7. Para Berlin, a liberdade que denomina negativa é a que diz respeito aquilo que a pessoa pode ou não fazer, enquanto que a liberdade positiva diz com quem pode impor os limites.

Partindo das distinções analisadas, Dworkin entende a necessidade de compatibilização dessas concepções diversas de liberdade, uma vez que elas devem ser exercidas no ambiente coletivo.

8. Também Canotilho analisa como sendo vieses de uma mesma liberdade, com conotação mais individual (perspectiva liberal) ou vendo o homem como um ser mais social (perspectiva republicana). Ambas partem da defesa dos direitos individuais e caminham para o reconhecimento de direitos fundamentais. As divergências diminuem na medida em que os direitos individuais precisam ser exercitados no contexto público.

9. Otero volta a leitura para um Direito Constitucional personalista, sem deixar de considerar a dimensão relacional dos seres humanos. Lembra, contudo, que o ser humano antes de ser um cidadão é uma pessoa.

10. Ressalta-se a importância do direito de liberdade, ou das liberdades, que vê o homem autônomo que irá desenvolver toda a sua potencialidade no meio social. As limitações a essas liberdades apenas podem ser estabelecidas por leis, que expressem valores. Ainda assim, há sempre um espaço de reconhecida autonomia da pessoa.

11. Esses direitos também irradiam seus efeitos na ordem jurídica privada. De toda sorte, a inclusão na área cível de direitos de personalidade reforça a garantia desses direitos fundamentais, criando mecanismos de proteção também entre particulares, e não só do indivíduo com o Estado.

12. Ficam nítidas as intersecções entre os campos do público e do privado, uma vez que os direitos fundamentais irradiam seus valores também para a esfera dos particulares. Os direitos de personalidade, fortemente ancorados nos direitos fundamentais e no princípio maior da dignidade da pessoa, revelam mais um âmbito de proteção dos direitos da pessoa.

13. Quando se fala de dignidade da pessoa, não há como negar a influência cultural das ideias Kantianas.

Dignidade é um conceito aberto. Deve-se ter cuidado na sua utilização para evitar que perca seu sentido. Se faz necessária a identificação de um conteúdo mínimo que permita a sua concretização.

14. Em uma dimensão ontológica identifica-se a dignidade como inerente a condição da pessoa. Nessa concepção se adota que a dignidade se reconhece e não se confere, é atribuída a todo ser humano e independe de méritos pessoais.

Soma-se ainda a esse conceito um elemento ético que diz com a autonomia individual, embora se reconheça a possibilidade de imposição de limites a esse conceito, em nome de valores sociais e interesses estatais.

15. Respeito pela dignidade da pessoa implica em valorização desta e de seus direitos individuais fundamentais. Contudo, deve-se reconhecer também a possibilidade de serem estabelecidas restrições para fins de preservação de valores essenciais na vida em sociedade.

16. A dignidade da pessoa apresenta-se como um valor fundamental, do qual decorrem diretamente vários outros, como o direito à vida e à liberdade.

17. Os direitos fundamentais têm sua origem na garantia dos direitos de liberdade. A essa primeira dimensão de direitos fundamentais reconhecidos foram se somando várias outras dimensões de direitos, em cada uma delas, com nítida ênfase de concepções outras.

18. A estrutura das normas e, em especial, das normas constitucionais de direitos fundamentais, comporta a divisão entre regras e princípios. Diferenciam-se entre si com relação ao conteúdo, a sua estrutura e, em especial, a sua forma de aplicação.

As regras têm aplicação no tudo ou nada, ou seja, em sendo uma norma válida e não comportando exceções deverá ser cumprida.

Já os princípios são mandados de otimização e devem ser cumpridos na medida do possível. Na hipótese de colisão entre princípios um deverá ceder, em uma dimensão de peso e importância verificada no caso concreto.

Um ordenamento jurídico adequado é o que consegue o equilíbrio entre regras e princípios, considerando que aquela atende de melhor forma ao bem segurança, enquanto este o bem justiça.

19. Classificam-se os direitos fundamentais em direitos, liberdades e garantias e direitos sociais. O regime jurídico aplicado é próprio de cada uma dessas classificações. No que diz respeito aos direitos, liberdade e garantias salienta-se a sua aplicabilidade direta e a reserva da lei para sua restrição.

20. O rol dos direitos fundamentais não é um rol taxativo, permitindo a inclusão de outros direitos não consagrados nas cartas constitucionais.

As chamadas cláusulas abertas permitem a incorporação de direitos que passam a ser reconhecidos ou que se apresentam em razão das novas configurações sociais.

21. Os direitos fundamentais irradiam seus efeitos para a esfera privada de relação. Reconhecida como eficácia mediata, é fato que seus valores passam de imediato a se impor tanto ao legislador, como ao julgador que deverá buscar a interpretação que confira maior eficácia aos direitos fundamentais.

22. A limitação a direitos fundamentais é um dos temas de maior complexidade. Reconhece-se que não há direitos absolutos, de forma que, mesmo direitos do patamar dos direitos fundamentais são passíveis de restrições. A restrição, contudo, deve ser feita por lei da mesma hierarquia ou por ela autorizada.

A teoria externa é a que melhor se sustenta, pois reconhece que há o direito e a restrição irá limitar o seu conteúdo, de forma que o âmbito de proteção desse direito é maior do que a garantia efetiva após a restrição. A restrição não pode descaracterizar ou atingir o núcleo essencial do direito fundamental.

23. Esses direitos do homem, reconhecidos como fundamentais e/ou de personalidade, são direitos pessoais, *a priori*, irrenunciáveis, pois inerentes a sua condição de pessoa humana. Reconhece-se, porém, a possibilidade do indivíduo de abrir mão de posições desses direitos.

A renúncia a posições de direitos fundamentais é uma decisão voluntária que enfraquece a posição jurídica da pessoa, o que equivale a uma menor proteção desse direito por parte do Estado.

Não há como negar o direito à renúncia ao exercício desses direitos. Uma vez que se confere o direito deve-se reconhecer igualmente a possibilidade de se abrir mão desse exercício, sob pena de se estar criando um dever de exercício e não a concessão de um direito.

24. Toda sistemática dos direitos fundamentais reforça a garantia à liberdade.

Não há como se entender pela possibilidade de que alguns direitos podem ter seu exercício renunciado, outros não. Verifica-se, agora por parte do Estado, a mesma postura paternalista que se referiu na relação médico/paciente. O Estado/pai/protetor arvora-se na condição de quem sabe o que é melhor.

É comum se verificar que enquanto a decisão da pessoa for no sentido do que se entende por certo (porque a maioria, ou o grupo dominante, ou quem está no poder assim estabelece) é aplaudida. Quando a decisão foge do que aqui vai se denominar «senso comum», essa decisão já não é mais aceita.

Assim, não raro quem prega o direito à liberdade (crença, opção sexual, expressão) apenas o aceita se houver conformação com o referido «senso comum». Decisões que são consideradas fora desse padrão não são aceitas. O Estado passa aqui a querer proteger a pessoa de si mesma, não aceitando a sua decisão.

25. Importante ressaltar, porém, que as decisões pessoais direcionadas a renúncia do exercício de direitos fundamentais devem ser racionais e livres, isto é, partirem da própria pessoa e estarem de acordo com a personalidade desenvolvida.

26. Desta forma, a possibilidade de renúncia ao exercício de direitos fundamentais tem por base esses mesmos direitos.

A renúncia é um ato pessoal e voluntário. O consentimento, então, ganha relevância, uma vez que é a exteriorização de que está a abrir mão da proteção a esse bem e/ou direito.

27. Em termos de cuidado de saúde, verifica-se que o consentimento informado segue a linha de reconhecimento e importância da manifestação da própria pessoa. Assim, qualquer intervenção médica que atente contra a integridade da pessoa precisa do prévio consentimento desta. Do outro lado, o dissenso deve ser considerado também como ato de liberdade, mesmo que implique em abrir mão de exercício de um direito

fundamental. Nas situações de fim de vida, a renúncia a um tratamento, por decisão livre da pessoa, segue essa mesma lógica.

28. Permanece em aberto a questão relativa a validade e extensão dessa renúncia. A dignidade humana, da qual decorre o reconhecimento dos direitos fundamentais, é que, em cada caso concreto, servirá de parâmetro para a análise da validade ou não da renúncia ao exercício de um direito fundamental do homem.

Desta forma, renúncias que atentem contra essa dignidade não podem ser consideradas como válidas. Já aquelas que sejam em função dessa dignidade devem ser validadas. A medida dessa dignidade, pois, apenas poderá ser verificada no caso concreto e de acordo com os padrões pessoais.

29. No caso de colisão de princípios, para se saber qual o princípio a ser aplicado se faz necessária a ponderação entre eles, frente ao caso concreto. Novamente, aqui, o meta-princípio da dignidade da pessoa funciona como parâmetro para avaliar a preponderância de um direito sobre o outro.

30. Há necessidade de respeito à dignidade como valorização da pessoa, de sua liberdade e seus direitos fundamentais, em especial na sua esfera mais íntima. Reconhece-se, porém, a possibilidade de serem estabelecidas restrições a essa liberdade individual, que tenham por parâmetro a mesma dignidade, de forma que valores essenciais sejam preservados na vida de sociedade.

31. Dentre os direitos fundamentais, é possível identificar-se os direitos à vida e a integridade física, à liberdade e à igualdade como os princípios diretamente ligados a concretização da dignidade da pessoa, uma vez que são direitos básicos de toda pessoa humana.

32. Desses direitos, não há como não se conferir certa primazia ao direito à vida, pois somente a partir deste é que será possível o exercício de todos os demais direitos.

A vida é um bem sagrado no sentido de ser um bem inviolável. Por qualquer ângulo de análise da situação, religioso ou laico, reconhece-se essa inviolabilidade.

Tem o Estado o dever de proteção do direito à vida, tanto abstendo-se de ações contra esse bem, bem como estabelecendo a proteção contra atos de terceiros.

A vida e a integridade física que merecem proteção dizem com uma vida de qualidade e liberdade para o ser humano.

33. Ao lado da vida, o direito à liberdade também é direito fundamental da maior importância, pois é essa liberdade que caracteriza o ser como humano. É a possibilidade

de fazer suas próprias escolhas e de se conduzir de acordo com seus valores que faz do homem um sujeito moral, diferenciando-o dos demais seres vivos.

É a liberdade que permite se desenvolver, assumindo seus valores individuais, sociais e morais, podendo manifestar e agir de acordo com as suas crenças religiosas, filosóficas e que confere valor à vida.

34. Além dos direitos de liberdade específicos, identifica-se um direito de liberdade geral que possibilita a pessoa fazer ou deixar de fazer tudo o que a lei não proíba.

A esse direito vincula-se o direito ao desenvolvimento de personalidade, que permite a construção e desenvolvimento de toda a potencialidade do indivíduo.

35. Quando falamos em autonomia, muitas são as concepções pelas quais podem ser analisadas. Todos esses conceitos partem da noção de autogoverno.

36. Frente ao Estado, o reconhecimento da autonomia privada diz com o espaço de liberdade conferido ao particular, que permite estabelecer relações jurídicas, observados os parâmetros legais. Surge ligado a questão da autonomia negocial. Mas é, exatamente, dentre os direitos existenciais que se deve conferir um maior espaço de deliberação, em atenção aos direitos fundamentais da pessoa, constitucionalmente reconhecidos.

37. A autonomia pessoal está ligada a concepção psicológica e pressupõe a possibilidade da pessoa autodeterminar-se e de agir de acordo com essa decisão.

Mesmo tratando dessa autonomia pessoal, cabe reforçar a importância das noções de autonomia desenvolvidas no campo ético. Isso porque as decisões que se presumem autônomas dizem com decisões racionais e livres.

A autonomia pessoal decorre dos direitos de liberdade geral e em especial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. E deve prevalecer nas questões relativas à vida e saúde.

38. O direito à vida e ao próprio corpo estão vinculados a autodeterminação da pessoa, de forma que não há como lhe ser imposto nenhum tratamento se houver manifestação em contrário.

É possível verificar, pois, a prevalência do direito à liberdade sobre o direito à vida, em situações limites de fim de vida, quando a imposição do prolongamento desta vida implicaria em quebra da dignidade conferida a toda pessoa.

39. A disposição do próprio corpo é questão que permanece objeto de controvérsias. De toda sorte, é possível afirmar que se encaminha para o reconhecimento da possibilidade de escolha pela própria pessoa, embora com balizadores que direcionem para decisões éticas.

Ou seja, reconhece-se a possibilidade de decisão da pessoa dentre os limites reconhecidos como éticos no meio social.

40. A dignidade da pessoa humana é valor que se irradia por todo o ordenamento jurídico e que atua como unificador dos direitos fundamentais, balizando sua leitura.

A morte como elemento natural é parte da vida e não o seu oposto. A mesma dignidade que deve perpassar toda a vida da pessoa deve estar presente em seu momento final. Desta forma, impõe-se o reconhecimento do direito a um fim de vida digno como um direito fundamental da pessoa.

41. As DA's representam um instrumento que afirma a dignidade da pessoa humana, assegurando manifestações de sua autonomia.

A criação de mecanismos que permitam a autodeterminação apenas reforça e engrandece a dignidade inerente em cada pessoa.

A inexistência de instrumentos que possibilitem a pessoa de dispor de seu corpo e de sua vida é que cria um Estado não humano, pois estaria contra o direito de liberdade e tudo o que abarca.

42. A defesa da pessoa humana vulnerável deve ser uma preocupação, mas não um impedimento para que as pessoas capazes se autogovernem no que há de mais íntimo do ser, que é seu corpo e sua vida/morte.

Como é aceito a manifestação da pessoa competente com relação a recusa e interrupção de tratamento, para evitar desigualdades, devem ser criados os mecanismos que também permitam a manifestação antecipada da vontade, assegurando a autonomia também da pessoa que perder a capacidade de manifestação.

A incompetência gerada em função de enfermidades instaladas em pessoas que mantiveram uma vida saudável e capaz não permite impor à pessoa tratamento que gere dor e sofrimento, com base na interpretação literal da norma que estabelece a inviolabilidade da vida.

43. O Estado é necessariamente coercitivo. Em alguns casos, as proibições que limitam um direito são perfeitamente compreensíveis, em outros é bastante nebuloso,

dificultando analisar se foram observadas as fronteiras que permitem ou não a restrição à liberdade do indivíduo.

A tarefa do Estado para equalizar liberdade e proteção não é fácil. É necessário analisar quais os espaços de possíveis interferências e em que medida elas podem ocorrer.

É fato que as liberdades podem ser restringidas pelo Estado. Assim, a análise é dirigida apenas para quais, em que medida e sob que condições são essas restrições.

44. No campo das decisões que digam respeito a valores éticos da pessoa, deve ser reconhecida a sua independência e autonomia. Assim, leis que neguem o direito de tomar decisões em questões fundamentais, ou que imponham determinado padrão ético não se preocupando com a possibilidade de crença ou valor diverso, estarão violando a autonomia e liberdade da pessoa.

45. A teoria das esferas é um importante instrumento para a análise dos espaços de menor interferência do Estado. A esfera íntima, assim, estaria garantida por uma menor intervenção e de consequência maior liberdade.

46. Embora não deva ser imposto um padrão ético, é certo que a moral social e os consensos éticos são uma baliza para restrições às liberdades, pois fornecem argumentação racional para que seja estabelecido.

Nesses termos, a despeito de se verificar uma movimentação para o acolhimento de práticas que impliquem em antecipação da morte, como uma opção para as situações de fim de vida, a vedação dessas práticas para proteção da própria pessoa e de terceiros encontra justificativa racional e plausível.

Mesmo nos países que reconhecem a possibilidade de antecipação dos momentos finais de existência, verifica-se a imposição de requisitos para que sejam autorizados, seguindo o mesmo princípio de garantir a segurança da pessoa que opte por essa prática, ainda que restrinjam as situações de sua aplicação.

47. Dentro das opções éticas, reconhecer que estas podem diferenciar de pessoa para pessoa exige que o Estado coloque a disposição instrumentos que permitam o exercício da autonomia.

As diretivas são um instrumento que possibilita o exercício dessa autonomia. E por isso deve ser acolhido como um direito do paciente.

48. Deve-se considerar a importância dos movimentos da sociedade que interferem nas decisões da esfera pessoal, pois o homem é sempre o que ele é na relação

com os outros. Contudo, é importante que dentre os limites reconhecidos nas decisões que dizem respeito a sua esfera íntima, seja conferida a possibilidade de autodeterminação da pessoa, de acordo com seus próprios valores.

Não há desprezo ou violação da vida humana ao se permitir que a tomada de decisão de fim de vida parta dela. A vida mantida artificialmente é que atenta contra a dignidade da pessoa.

PARTE II

Capítulo Quarto – DIRETIVAS ANTECIPADAS EM MATÉRIA DE CUIDADOS COM A SAÚDE E A DOGMÁTICA JURÍDICA

4.1 A construção de uma dogmática jurídica

O fenômeno jurídico comporta várias dimensões, que são: a política, na qual, considerado relevante o fato se lhe é atribuído valor jurídico com a edição da norma; a normativa, em que há a incidência da norma sobre o suporte fático e a sociológica, que se refere a vigência da norma pela adesão social⁷⁹³.

Ingressam no plano jurídico os fatos aos quais se confere valor social. Essa valoração é o fundamento da norma⁷⁹⁴. O ingresso no plano jurídico pode se dar pela edição de uma norma própria, na qual se verifica o fenômeno da subsunção, ou pela integração do fato ao ordenamento existente. Somente os fatos que ingressam no plano jurídico vinculam a conduta humana.

Ao longo dos últimos anos, as DA's ingressaram de forma explícita em vários ordenamentos jurídicos internacionais. Seguindo a teoria do consentimento informado e o fundamento do respeito pela autonomia pessoal, as formas de inclusão no mundo jurídico foram as mais diversas possíveis.

Surgiram nos Estados Unidos da América (1991), por meio de ato que tratou sobre a autodeterminação do paciente. Normas jurídicas de reconhecimento desses instrumentos foram sendo incluídas nos mais diversos países, em atos normativos de cuidados de saúde e autonomia do paciente como Espanha (2002) e França (2005), com inclusão no ordenamento Civil como na Alemanha (2009) e Argentina (2014), ou mesmo com disposição em lei específica como em Portugal (2012). Em outros países, como o Brasil, o fato ingressa pelo reconhecimento no campo da regulamentação profissional, mediante expresse acolhimento pelo CFM (2012).

⁷⁹³ Cfr. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44-45.

⁷⁹⁴ Mello destaca: “O mundo jurídico, está claro, se vale dos fatos da vida e, mais que isto, é constituído por eles próprios; resulta da atuação (incidência) da norma jurídica sobre os fatos, juridicizando-os, e não representa, por isso uma decorrência natural dos fatos. Enquanto com os demais fatos seu agrupamento em classes tem por elemento referencial dado que lhe é natural (a morte é fato biológico porque se refere à vida), os fatos jurídicos o são pela vontade humana que, através das normas jurídicas, imputa caráter jurídico aos simples fatos da vida, integrantes naturais de outros mundos”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p.40.

Pode-se, pois, dizer que foi conferido valor a esses novos fatos sociais, acolhidos pelos ordenamentos dos Estados democráticos, mesmo porque estão de acordo com os valores fundamentais maiores, em especial o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

O direito a um fim de vida com dignidade é um direito fundamental da pessoa humana. A manutenção artificial da vida ou o prolongamento do processo de morrer que imponha sofrimento ou dor é conduta eticamente reprovável. *Contrário sensu*, portanto, reconhecer a finitude da existência humana e aceitar a morte quando instalada a terminalidade são condutas eticamente recomendáveis. Admitidas essas premissas, independente de debates sobre a possibilidade de antecipação do momento da morte, impõe-se atuação dos Estados que assegurem esses direitos.

Os Estados democráticos de direito devem, pois, estabelecer meios que assegurem o exercício da liberdade e autonomia da pessoa, em questões relativas ao fim de vida.

A adoção de atos de declaração antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde, destinados às pessoas capazes, atende aos direitos fundamentais da pessoa e estão assentados em suporte fático atual. Cabe à ciência do direito fazer ingressar no mundo jurídico esse suporte fático, aceito pela consciência social como correto.

A construção de uma dogmática jurídica, por sua vez, tem por finalidade ser útil à aplicação do Direito. É assim que, partindo do Direito Positivo vigente em um determinado espaço e tempo, busca-se o desenvolvimento de um sistema que congregue conceitos e teorias de acordo com as normas, garantindo uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais, que se direcione para uma aplicação igualitária do Direito, com vistas a segurança jurídica⁷⁹⁵.

Alexy identifica diferentes dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa. Na dimensão analítica pretende-se a análise do sistema conceitual do direito vigente e vai desde a análise de conceitos elementares, passando por construções jurídicas até o exame da estrutura do sistema e da sua fundamentação⁷⁹⁶. A dimensão empírica cuida da descrição do direito nas leis e também do direito jurisprudencial⁷⁹⁷. Por fim, a dimensão normativa dirige-se a elucidar e a

⁷⁹⁵ Cfr. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esforço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 18.

⁷⁹⁶ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, pp. 33-34.

⁷⁹⁷ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 34.

criticar a práxis jurídica e jurisprudencial. Segundo o autor, o ponto central dessa dimensão é determinar qual a decisão correta em um caso concreto, o que em casos difíceis e polêmicos exige valorações de quem responde. Nesse espaço “*a dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado*”⁷⁹⁸.

Conclui Alexy que será o caráter prático da Ciência do Direito que irá unificar essas dimensões⁷⁹⁹.

O estabelecimento de uma dogmática confere respostas e segurança jurídica. “*A função da dogmática consiste em prever consequências pragmáticas para todos os casos concretos, de maneira a solucionar uma problemática com a menor perturbação possível*”⁸⁰⁰. A interpretação pelo jurista está assim guiada pelas regras legais.

As atuais legislações que acolhem as DA's estão de acordo com os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Atendem também as regras e convenções internacionais de defesa e proteção do ser humano, o que lhes atribui legitimidade maior.

A necessidade de ser conferida eficácia a tais instrumentos é matéria da qual a ciência do direito não pode se furtar a dar sua contribuição. Adaptar as categorias do direito aos problemas suscitados pelas ciências da vida é um desafio. Embora as DA's possam ser qualificadas como um negócio jurídico, a adaptação às normas gerais privatistas apresenta dificuldades, em especial por serem, nitidamente, direcionadas

⁷⁹⁸ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria...**, pp. 35-36.

⁷⁹⁹ Diz o autor ao analisar a teoria dos direitos fundamentais como uma teoria dogmática: “O dogmático – e, com isso, o jurídico em sentido próprio e estrito – é constituído pela ligação das três dimensões, de forma orientada à tarefa prática da ciência jurídica. Se o conceito de teoria jurídica é definido a partir dessa base, então, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria inserida no contexto das três dimensões e voltada à tarefa prática da ciência jurídica”. ALEXY, Robert. **Teoria...**, p. 38.

⁸⁰⁰ Schiefler destaca: “A dogmática jurídica é o método de observar, analisar e atuar perante o Direito segundo orientações cujos pressupostos são provados de forma cognitiva ou são levantados por experiências reais geradas por casos concretos ocorridos anteriormente. Há, ainda, a possibilidade de a orientação ser fundamentada em valores e princípios gerais do Direito. Preocupa-se, portanto, a dogmática, em orientar a ação e possibilitar uma decisão, sempre calcada em premissas estabelecidas, pressupostos válidos conforme a lógica, experiência concreta ou valores fundamentais do Direito. [...] Com isso, a dogmática pretende instaurar uma sociedade juridicamente segura, retirando parte da área de decisão do operador do Direito, que deve agir de maneira a respeitar os limites do que foi imposto pela legislação. A interpretação do jurista, desta maneira, ocorre sobre e conforme a norma em vigor”. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Breve introdução ao estudo da dogmática jurídica**. Florianópolis/SC, 13 mar. 2009. Disponível em <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/3050-breve-introducao-ao-estudo-da-dogmatica-juridica>>. Acesso em: 04 out.2015.

para questões de ordem patrimonial e não existencial. Assim, busca-se adaptar as normas existentes a esses atos de autonomia existencial, com base nos fundamentos de ordem legal e ética.

A partir desse momento, e por questões didáticas, concentrar-se-á as referências a lei portuguesa de nº 25/2012 e sua contextualização no sistema português, sem deixar de apresentar eventuais soluções encontradas em legislações outras que possam servir para o aperfeiçoamento dos institutos em análise ou como auxílio à interpretação, considerando, em especial, a influência cada vez maior que as decisões de cunho internacional tem nos ordenamentos internos⁸⁰¹.

Pretende-se, ainda, analisar a possibilidade de conferir eficácia às manifestações sobre direitos existenciais, no ordenamento brasileiro, no qual não há legislação que trate de DA's⁸⁰².

As DA's são instrumentos que contemplam uma nova realidade. Sua recepção pelo direito se faz necessária, para que delas se possam extrair os efeitos jurídicos que se pretende. A exemplo de outros instrumentos, para se conferir esses efeitos jurídicos é necessário estabelecer uma dogmática jurídica que parta de "*categorias existentes e compatíveis com esta realidade, preenchidas de elementos próprios e novos*"⁸⁰³.

4.2 Negócio jurídico e os planos da existência, validade e eficácia

O negócio jurídico é espécie do ato jurídico (*lato sensu*), mas fundado na autonomia privada, com o qual o particular regula por si os próprios interesses. O negócio jurídico é assim ato livre da vontade, tendente a um fim prático, tutelado pelo

⁸⁰¹ Ramires analisa que os tribunais dedicados a jurisdição constitucional, na sua atuação, cada vez mais utilizam-se de decisões de tribunais diversos. Reconhece nesse diálogo jurisprudencial uma rede de influências cruzadas, nas quais os tribunais ao mesmo tempo servem de importadores e exportadores das decisões das demais cortes. Nesse diálogo também, os tribunais internacionais que tratam de matérias constitucionais, em especial voltadas às questões de direitos humanos, se engajam conversando entre si e com os tribunais nacionais. Para o autor, o diálogo judicial internacional é "uma instância de reforço da legitimidade da jurisdição constitucional dos Estados. Trata-se de uma sofisticação do controle de constitucionalidade desenvolvida pelos tribunais estatais, e é justamente o modo que esses tribunais encontraram para fazer frente aos novos desafios de um mundo globalizado e "plano", sem incorrer em uma obsolescência que pudesse precipitar a sua dissolução em um sistema mundial de justiça constitucional".

RAMIRES, Maurício. **Diálogo...**, pp. 311-314.

⁸⁰² Conforme já exposto no projeto apresentado, tendo em vista a pretensão de que esta tese sirva como contribuição para o debate do tema no Brasil, país de origem dessa doutoranda, não há como se furtar de referências também a esse ordenamento.

⁸⁰³ Cfr. CEZAR, Denise de Oliveira. **Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

ordenamento jurídico e que produz, em razão deste, determinados efeitos jurídicos, queridos pelo agente. É desta forma um ato de autonomia privada, no qual a vontade sofre apenas restrições de normas de ordem pública.

Como reconhece Almeida, autonomia privada e vontade estão ligados de forma indissociável, o que explica, inclusive, que o termo «autonomia de vontade» seja utilizado como uma equivalente a autonomia privada⁸⁰⁴.

Diferentes teorias pretendem definir o negócio jurídico⁸⁰⁵. Na sua origem, a ideia predominante era, sem dúvida, com base em teorias voluntaristas que tinham na vontade interna do agente o seu elemento identificador. Descreviam o negócio jurídico como um ato de vontade, com vistas a alcançar um determinado fim⁸⁰⁶.

Em oposição às teorias voluntaristas, cuja crítica maior dirige-se ao fato de que consideravam a vontade como um dogma, surgem as teorias objetivas que veem no negócio jurídico mais um meio para atingir os efeitos jurídicos pretendidos do que propriamente um ato de vontade. Abrem a discussão da predominância da vontade ou da declaração, aquela com cunho mais psicológico, conferindo maior importância à vontade, esta com vistas a conferir maior segurança, dando ênfase à declaração.

Stolfi, identificado como um dos representantes da doutrina voluntarista,⁸⁰⁷ conceitua o negócio jurídico como uma manifestação de vontade com vistas a criar, modificar ou extinguir direito subjetivo⁸⁰⁸. Ao tratar da manifestação de vontade, identifica tanto um elemento interno que é a vontade como um outro externo que é a manifestação, necessária para transmitir a vontade com clareza aos demais

⁸⁰⁴ O autor analisa que essa equiparação entre a vontade e a autonomia privada atinge seu ápice no modelo liberal de sociedade, que buscava um equilíbrio entre os binômios vontade-liberdade e a igualdade-justiça. Para o autor, essa “*crença romântica num equilíbrio natural baseado na vontade individual*” é que influenciou diversos ordenamentos jurídicos e que ainda hoje orienta a análise do negócio jurídico. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado jurídico na teoria do negócio jurídico**. v. 1. Coimbra: Almedina, 1992. pp. 8-9.

⁸⁰⁵ Classicamente, identifica-se duas teorias: a teoria da vontade e a teoria da declaração. Para Cordeiro, essas teorias evoluíram para versões mais modernas, quais sejam, a teoria da comunicação e a teoria da confiança. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 127.

No mesmo sentido, identificando várias teorias intermediárias, AZEVEDO, António Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 8. reimp. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 86-87.

⁸⁰⁶ Nesse sentido AZEVEDO, António Junqueira de. **Negócio...**, pp. 4-5.

⁸⁰⁷ Cfr. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

⁸⁰⁸ Para o autor: “definisco il negozio giuridico come la manifestazione di volontà di una o più parti che mira a produrre un effetto giuridico, e cioè la nascita o la modificazione o l’acertamento oppure l’estinzione di un diritto subbiettivo. (Livre tradução: defino o negócio jurídico como a manifestação de vontade de uma ou mais partes que visa a produzir um efeito jurídico, nomeadamente a criação, a modificação, o acertamento ou mesmo a extinção de um direito subjetivo). STOLFI, Giuseppe. **Teoria del negozio giuridico**. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott – Antonio Milani, 1947. p. 1.

interessados. A vontade a que se refere não é um simples desejo ou aspiração, mas a intenção em produzir efeitos jurídicos⁸⁰⁹.

Já dentre os defensores da teoria objetiva⁸¹⁰, Betti, um de seus representantes, identifica o negócio jurídico como ato de autonomia privada, ao qual o direito liga os efeitos relativos ao tipo do ato exercido⁸¹¹.

Azevedo critica tanto as teorias voluntaristas como as objetivas por entender que se prendem muito ou ao momento inicial, de formação do ato, ou ao momento final, que diz respeito aos efeitos que do ato resultam⁸¹².

⁸⁰⁹ Leciona o autor: “Ogni negozio suppone invero il concorso di due elementi diversi: quello interno della volontà e l’altro esterno della sua manifestazione con mezzi sensibili che la rendano palese agli altri interessati. Di ciò lo stesso legislatore fornisce prove, sancendo ad es. che il matrimonio exige «la dichiarazione» che gli sposi «si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie» (art. 107 al. 1); che il successibile fa sua l’eredità quando «há dichiarato di accertarla» (art. 475 al. 1) o quando “compie um atto che pressuppone necessariamente la sua volontà di accettare” (art. 476) [...] È necessaria dunque la volontà, intesa non como símplice aspirazione o mero Desiderio che avvenga alcunchè ma come intencione matura e definitiva di provocare um effetto giuridico”. (Livre tradução: “Todo negócio supõe, em verdade, o concurso de dois elementos diversos: o interno da vontade e o outro, externo, de sua manifestação, meio para deixar clara a manifestação para os outros interessados. O próprio legislador fornece testes contínuos, sancionando, por exemplo, que o casamento exige «declaração» que o casal «quer se tornar respectivamente marido e mulher» (artigo 107, al 1); que o sucessor faz sua a herança quando «declara aceitá-la» (art. 475 al 1); ou quando «realiza um ato que pressupõe necessariamente a sua vontade de aceitar» (art. 476) [...] É necessário, portanto, a vontade, entendida não como simples aspiração ou mero desejo que algo aconteça, mas como uma intenção madura e definitiva de provocar um efeito legal”). STOLFI, Giuseppe. **Teoria...**, pp. 3-4.

⁸¹⁰ Marino refere que no espectro compreendido como da teoria objetiva identificam-se autores com concepções bastante variadas e até mesmo opostas, exemplificando com as teorias de Betti e Kelsen, ambas indicadas como objetivas. Para Kelsen, o negócio jurídico é criador de normas jurídicas individuais e concretas. Betti repele essa ideia. Para ele, o negócio jurídico é ato de autonomia privada, que estabelece um regramento de interesses vinculativos, para disciplinar as relações recíprocas.

Sobre a teoria de Kelsen, refere o autor: “Para Kelsen, a teoria tradicional vê na convenção somente um negócio jurídico, isto é, um acordo de vontades de dois ou mais sujeitos tendente a produzir um efeito jurídico, porque considera apenas um dos ângulos possíveis da questão: o ângulo da aplicação do direito e da execução das normas (aplicação da regra *pacta sunt servanda* a uma situação concreta). Todavia, precisamente pelo fato de a convenção ser dotada de “força obrigatória”, vinculando as partes a observarem uma conduta à qual, de outra forma, não estariam submetidas, deve-se reconhecer que a convenção cria “uma norma que não existia antes da conclusão do contrato, quer dizer, uma norma que exige esta conduta bem determinada que constitui o conteúdo da convenção”.

Prossegue o autor referindo que a diferença entre essa concepção e a de Betti são muitas: “Betti não qualifica o negócio jurídico como ato criador de normas jurídicas, ao contrário, repele expressamente tal construção kelseniana. De acordo com Betti, os negócios jurídicos são geneticamente atos de autonomia privada: surgem na vida social como atos por meio dos quais os particulares estabelecem, para o futuro, um regramento de interesses vinculativos, a fim de disciplinar as suas recíprocas relações”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação...**, pp. 23-25.

⁸¹¹ Betti define o negócio jurídico como: “ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido)”.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1..., p. 79.

⁸¹² Diz o autor: “As próprias expressões autonomia da vontade e auto-regramento da vontade, apesar de aparentemente sinônimas, dão o sentido de ambas as concepções: a primeira, ligada ao momento inicial, à liberdade (“autonomia”) para praticar o ato, e a segunda, ao momento final, aos efeitos (“regras”) que do ato resultam. Ainda que as duas posições se apresentem como pretendendo revelar a estrutura do negócio, parece-nos que, pela acentuada preponderância, ou da gênese, ou da função, ambas acabam

Pretende conceituar o negócio jurídico pela sua estrutura, pelo que ele é. Considera como um fato jurídico consistente na manifestação de vontade, que cercado de determinadas circunstâncias negociais, busca atingir um determinado efeito. Identifica uma declaração de vontade qualificada, vista socialmente como dirigida a produção de efeitos jurídicos.

O negócio jurídico, para o autor, é *“um fato jurídico consistente em uma declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribui efeitos queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incidem”*⁸¹³.

Almeida, por sua vez, entende que eficácia negocial não é conferida pela existência ou inexistência de uma vontade geradora dos efeitos. Propõe como alternativa a noção de performatividade como critério do negócio jurídico⁸¹⁴, tendo por base a teoria dos enunciados performativos na filosofia da linguagem⁸¹⁵, com as necessárias adaptações para sua utilização nas ciências jurídicas. Esses enunciados estariam *“a fazer alguma coisa mais do que apenas a dizer alguma coisa”*, ou seja, em determinadas circunstâncias estariam realizando algo⁸¹⁶.

Assim, o negócio jurídico como ato performativo é o ato no qual se insere ao menos um enunciado performativo. Reconhece que o negócio jurídico é mais complexo que um mero enunciado performativo, mas exige, na sua formação, ao menos um enunciado deste⁸¹⁷.

Para o autor, portanto, o negócio jurídico de direito privado:

deixando escapar justamente o que pretendiam revelar, ou seja, a estrutura”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 2.

⁸¹³ Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 16.

⁸¹⁴ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 119.

⁸¹⁵ O autor apresenta as ideias de J.L. Austin, professor de filosofia de Oxford, que introduziu a noção do enunciado performativo em oposição aos enunciados assertivos. Enquanto esses só podem ser verdadeiros ou falsos, aqueles seriam, por natureza, eficazes ou ineficazes, válidos ou inválidos, dependendo do preenchimento de alguns requisitos. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, pp. 121-122.

⁸¹⁶ Ao tratar dos enunciados performativos, refere: “estes enunciados, apesar de sua aparência gramatical declarativa, não descrevem ou constata o que quer que seja, antes têm o efeito de, em circunstâncias adequadas, realizar por si certos actos [...]. Por isso, os denominou de performativos (de *perform*, realizar, cumprir)”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 122.

⁸¹⁷ Leciona o autor: “Sem trair a construção que lhe deu origem, poder-se-á afirmar que um acto é performativo: num primeiro sentido, como enunciação performativa. Num segundo sentido (e será esta uma última generalização da noção primitiva), como acto no qual se insira um enunciado performativo. O negócio jurídico é acto performativo neste segundo sentido, porque, sendo uma realidade mais complexa do que a enunciação performativa, não existe sem que na sua formação se contenha ao menos um enunciado performativo, cuja composição (explícita ou implícita) inclua alguma forma verbal do tipo “prometo...”, “constituo...”, “proponho...”[...]. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, pp. 137-138.

“define-se como acto de direito privado que tem efeitos jurídicos conformes ao seu significado, criando, modificando substancialmente ou extinguindo por meio imprevisto situações jurídicas das quais pelo menos um dos seus agentes é titular. Numa formulação sintética dir-se-à que é o acto de direito privado dotado de performatividade, reflexibilidade e auto-suficiência estrutural”⁸¹⁸.

O negócio jurídico, pois, é um ato de direito privado, complexo na sua estrutura e que de acordo com o significado de sua declaração altera ou pode alterar a situação jurídica a que se refere.

Conforme já se analisou no capítulo terceiro dessa tese, a autonomia privada tem no negócio jurídico a sua concretização. Ganha relevância nos contratos em geral, que são a mais comum expressão desta. Assim, o que se verifica é que a disciplina dos negócios jurídicos se centra, em especial, para a regulação de negócios patrimoniais, bilaterais e *inter vivos*, o que se deve ao fato de serem os negócios jurídicos que mais se realizam.

O tratamento dispensado a vontade no negócio jurídico permite, de certa forma, identificar qual o papel que a autonomia privada exerce no ordenamento jurídico. Os autores, comparando o papel da vontade no direito francês e no direito alemão, constataam essa diferença. No sistema francês, a predominância da vontade interna demonstra um direito de cunho mais psicológico, enquanto que, no sistema alemão, a preocupação direciona-se para a segurança, dando maior ênfase a teoria da declaração, a qual faz prevalecer a vontade que se infere desta, mesmo que fictícia, considerando que a vontade, juridicamente falando, somente existe após sua exteriorização.

As teorias que privilegiam a vontade, utilizando-a como um dogma absoluto, têm na autonomia privada um verdadeiro princípio político a direcionar o sistema jurídico⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 258.

⁸¹⁹ Azevedo, analisando o princípio da autonomia da vontade nos sistemas francês e alemão, reconhece, que, mesmo no século passado, nunca teve o mesmo alcance e ressonância: “Na Alemanha, a autonomia da vontade conservou sempre o aspecto de um princípio filosófico, “discutível como todos os princípios dessa natureza. Em França, ao contrário, a onipotência da vontade ultrapassou o estágio da filosofia pura para atingir o grau de verdadeiro princípio político, que, com a Revolução Francesa, se enriqueceu de uma significação concreta e positiva, na medida em que, precisamente, o voluntarismo foi um instrumento de luta contra as antigas estruturas feudais e corporativas. Tornando-se um símbolo da liberdade, o princípio de autonomia da vontade recebeu uma espécie de consagração sentimental que, em França, mais que em qualquer outro lugar, lhe conferiu seus títulos de nobreza. O fato de o Código Civil francês estar impregnado do dogma da autonomia da vontade, aliado ao entendimento unânime da doutrina francesa de que a lei resolveu o conflito, entre a vontade e a declaração, em favor da primeira e contra a segunda, e, ainda, o fato de ter o BGB surgido quando a teoria da declaração já se havia afirmado na Alemanha em

Azevedo critica essa dualidade, referindo que as tentativas de analisar o que prevalece, se a vontade ou a declaração, decorrem do fato da doutrina identificar no negócio jurídico dois elementos: a vontade e a declaração. Para o autor, contudo, há apenas um elemento, qual seja, a declaração da vontade. Isso porque a vontade propriamente dita, embora possa exercer um papel anterior, não faz parte do negócio no plano da existência. Poderá, sim, interferir na validade ou eficácia desse mesmo negócio, mas não é elemento constitutivo. A declaração da vontade que é o elemento constitutivo⁸²⁰.

Para Cordeiro, essa discussão deve ser superada em nome de uma integração do fenômeno negocial. Para o autor, a cisão somente é possível para fins de análise, porque, em verdade, *“a vontade e a declaração constituem um continuum humano e valorativo”*⁸²¹.

Na análise da teoria do negócio jurídico, o que se verifica é que não há conclusão a respeito do tema, mas, em verdade, uma grande confusão. Os ordenamentos jurídicos não mantêm uma coerência, mesmo porque não há como privilegiar apenas um desses elementos. Com efeito, a solução não se apresenta de forma simplista, com o acolhimento desta ou daquela tese.

Mesmo sistemas que priorizam a declaração, na interpretação do negócio, irão perquirir a intenção do agente, qual seja, a sua vontade. Com mais razão no negócio jurídico que diz com manifestações de cunho existencial, a vontade do agente declarante deve prevalecer sobre a declaração.

posição de quase igualdade com a teoria da vontade, levam às afirmações, algo simplistas, de que, de um lado, o sistema francês adotou a teoria da vontade e dá mais valor ao indivíduo e à liberdade individual, e que, de outro lado, o direito alemão adotou a teoria da declaração e dá mais relevância aos aspectos sociais e à segurança do comércio jurídico. [...] a verdade, porém, é que não são tão grandes as diferenças entre os direitos de ambos os países.”

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 75-76.

⁸²⁰ Diz o autor: “Em resumo, analisando o negócio jurídico no plano da existência, vê-se logo que a vontade não faz parte dele; o que ocorre é que a declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir efeitos (planos da validade e da eficácia). [...] Na verdade, a “vontade”, como fato psicológico meramente interno, é alguma coisa de impossível de se agarrar, e incontrolável, que pertence unicamente ao foro interno da consciência individual. Somente na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, seja como declaração, seja como comportamento, ela se torna um fato social, suscetível de avaliação pelas partes. [...] A declaração, uma vez feita, desprende-se do *iter volitivo*; adquire autonomia, como a obra se solta de seu autor. É da declaração e não da vontade, que surgem os efeitos”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 82-85.

⁸²¹ Leciona o autor: “Em termos neurológicos, não é sempre possível discernir uma opção cerebral, seguida de indicações aos órgãos motores que controlam a fala ou a escrita, para que manifestem o decidido. Sabemos hoje que o cérebro atua em conjunto com os demais órgãos, de tal modo que a vontade se vai modelando à medida que se procede a exteriorizações. II. A vontade da declaração, tomada como ação final dirigida a certos efeitos ou a certos efeitos principais, não se distingue, no fundo, da ação efetiva e do produto dessa ação. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 130.

A teoria da declaração visa a segurança jurídica, considerando que em um negócio jurídico, em regra, estão envolvidos mais de um agente e, dessa forma, somente pela exteriorização, ou seja, pela declaração, é que o outro saberá da vontade do declarante. Assim, com vistas a segurança do negócio, a exteriorização da vontade é que prevalecerá.

Tratando-se de negócio unilateral, ainda que a declaração seja a forma de exteriorizar a vontade, não há como minimizar o viés interno, psicológico, ou seja, a real intenção. A teoria da vontade, em especial no que diz respeito a interpretação do negócio jurídico, terá papel relevante para a análise das DA's, como o tem, por exemplo, nos testamentos⁸²².

No que diz respeito a estrutura do negócio jurídico, é importante ressaltar que a declaração da vontade tem um papel fundamental, o que faz com que, na grande maioria das vezes, seja confundida com o próprio negócio jurídico.

Com efeito, declaração negocial e negócio jurídico estão intrinsecamente ligados. Este não existe sem uma declaração, e a declaração não existe sem referência, real ou hipotética, a um negócio.

Cordeiro reconhece que, embora não se confundam, historicamente foram se desenvolvendo em conjunto, de forma que em muitas vezes há referência ao negócio quando se pretende falar em declaração e vice-versa⁸²³.

Almeida, dentro da estrutura de negócio jurídico que expõe, utiliza o termo «declaração negocial» para indicar a declaração completa, enquanto que emprega o termo «enunciado» para se referir a qualquer comunicação adequada a um negócio jurídico que exprima no todo ou em parte os elementos negociais. Define o enunciado que integra o processo formativo do negócio jurídico *“como o conjunto de sinais que exprimem um ou mais elementos de uma declaração negocial, desde que produzidos com unidade de emissor, de tempo e de espaço, numa linguagem homogênea ou em linguagens compatíveis com a unidade da emissão”*⁸²⁴.

⁸²² Marino também reconhece a desnecessidade de adoção de uma teoria, embora manifeste sua preferência por uma teoria de visão objetiva do negócio jurídico, embora não normativa. Mas salienta que não há uma própria separação e que a teoria da vontade é relevante para a compreensão de várias questões atinentes ao negócio jurídico, em especial no que diz respeito a interpretação dos testamentos. Refere o autor: “... a teoria da vontade, aliada a consideração dos pontos de relevância hermenêutica das várias categorias de negócio jurídico, desempenha papel importante na interpretação dos negócios jurídicos causa mortis”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação...**, p. 28.

⁸²³ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 123.

⁸²⁴ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 281.

Assim, o negócio jurídico é formado por um ou mais enunciados que tenham aptidão. Essa aptidão exige que o enunciado faça referência a um elemento negocial e seja válido, ou seja, em conformidade com as regras jurídicas⁸²⁵. Seriam, portanto, enunciados assertivos aqueles que descrevem, indicam ou referem um elemento negocial ou característica de elemento, e performativos os que integram um elemento funcional relativo à formação ou ao significado de um negócio jurídico⁸²⁶.

Por fim, o autor apresenta a noção de texto, qual seja: *“o conjunto coerente e ordenado dos componentes de um negócio jurídico constantes dos respectivos enunciados”*⁸²⁷.

Para o autor, é preciso ter clareza sobre o que é o enunciado e o texto do negócio jurídico tanto para entender sua formação como sua estrutura. Entre eles aparece a expressão declaração negocial ou declaração de vontade, a qual precisa se integrar na formação de um negócio e ter uma unidade de autoria.

Assim, são exemplos de declaração negocial tanto a proposta de um contrato e a sua aceitação, como também a declaração única nos negócios jurídicos unilaterais. Declaração negocial, pois, é a declaração «para» um negócio, e pode existir e ser válida mesmo que o negócio não venha a se concluir. Declaração é, ao mesmo tempo, o ato e o produto desse ato, no que se confunde com o texto. A declaração negocial é o ponto de vista subjetivo de um determinado negócio jurídico.

Embora a declaração negocial possa conter enunciados assertivos, necessita ao menos um enunciado performativo, ou seja, adequado a realizar por si certos atos. Assim, quando essa declaração contiver apenas um enunciado, ele necessariamente terá que ser performativo⁸²⁸.

A declaração negocial é, pois, o elemento comunicativo do negócio jurídico que, por sua vez, terá os efeitos jurídicos decorrentes dessa comunicação. Negócio jurídico e declaração negocial, pois, terão ao menos um texto no qual se concentrem seus

⁸²⁵ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 284..

⁸²⁶ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 284.

⁸²⁷ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 297.

⁸²⁸ Leciona o autor: “Quer o negócio jurídico quer a declaração negocial são actos jurídicos. O Negócio jurídico tem, em relação à declaração ou declarações negociais de que se compõe, sempre algo a mais e algo a menos: a mais os efeitos jurídicos próprios que ultrapassam os da declaração negocial cujo efeito específico – sempre que o negócio jurídico que integra venha a ser eficaz – é apenas a própria formação do negócio jurídico; a menos, a função comunicativa da qual se prescinde na estrutura do negócio jurídico já formado e portanto no respectivo texto. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 316.

elementos. O texto da declaração negocial coloca-se no plano intermédio entre o enunciado e o texto do negócio jurídico⁸²⁹.

A abordagem realizada por Almeida expõe a importância da declaração negocial como elemento de composição do negócio jurídico, por vezes até mesmo se confundindo com este. Mas apenas quando essa declaração negocial for apta, ou seja, quando constituir um negócio jurídico válido, é que se produzirão os efeitos. Daí porque, embora se confundam, fica claro que o negócio jurídico é mais do que a declaração, embora necessite de sua função comunicadora para fins de estruturação.

A declaração é, pois, o conjunto de comunicações emitidas pelo declarante que estejam aptas a formar um negócio jurídico, sendo assim um ato jurídico performativo, ou seja, destinado a realizar algo.

No mesmo sentido, Cordeiro refere que a declaração é *“um pressuposto, dependente de uma opção humana comunicada para o exterior”*, enquanto que o negócio jurídico *“é a eficácia da declaração, desde que esta seja reconhecida, pelo sistema, como apta para modificar o universo jurídico”*⁸³⁰.

Do exposto, fica certo que o negócio jurídico na sua estrutura é composto da declaração negocial, além dos demais elementos que se identificarão como necessários para sua formação.

A declaração negocial, ou de vontade, é assim um elemento fundamental do negócio jurídico. Mas não é qualquer manifestação da vontade que será considerada como declaração negocial e sim aquela apta a produzir os efeitos que se espera. Ou seja, *“é preciso que essa manifestação venha rodeada de circunstâncias que façam com que ela seja vista socialmente como manifestação jurídica, isto é, como declaração”*⁸³¹.

Pode-se, pois, dizer que se todo o negócio constitui uma manifestação de vontade, nem toda a manifestação de vontade é um negócio jurídico⁸³².

⁸²⁹ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 318.

⁸³⁰ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 123.

⁸³¹ Importa referir que o autor diferencia manifestação de declaração, tendo aquela como mais abrangente. A manifestação refere-se a qualquer ato de exteriorização da vontade, enquanto que declaração será a manifestação que socialmente seja vista como destinada a produzir efeitos.

Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 121.

⁸³² No original: “Se tutti i negozi consistono in manifestazioni di volontà, non tutte le manifestazioni di volontà sono di negozi giuridici”. FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Napoli: A. Morano, 1949. p. 99.

Assim, está claro que não é qualquer manifestação de vontade que constitui um negócio jurídico, mas apenas aquelas que possam se constituir em uma declaração de vontade.

O negócio jurídico, pois, de acordo com Almeida, se forma pela declaração negocial, que contém um ou mais enunciados, dentre os quais ao menos um seja performativo. O conjunto dos elementos que compõem um negócio jurídico ou a declaração negocial, constitui, por sua vez, o texto desse negócio.

Azevedo identifica essa declaração de vontade como uma circunstância negocial essencial para a formação do contrato, ao que somará após outros elementos sem os quais o negócio jurídico não existe.

É possível identificar três planos distintos pelos quais se pode avaliar o negócio jurídico: existência, validade e eficácia.

O negócio jurídico precisa existir e preencher os requisitos de validade para então estar apto a produzir os efeitos pretendidos. *“Ou seja, para que o negócio jurídico penetre no campo da validade, impende por ordem lógica que, antes, ele exista, sob o ponto de vista jurídico, que ele se forme enquanto fato dotado de efeitos jurídicos⁸³³”*.

A realização de um negócio jurídico exige uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos. Para que o negócio produza os efeitos jurídicos pretendidos, ele precisa existir e estar apto, ou seja, regular. Um plano é interdependente do outro, mas precisa seguir essa ordem, de natureza lógica. Para produzir efeitos, é preciso que o negócio exista. Entre sua existência e a produção de efeitos, é possível identificar um espaço que diz com a sua regularidade.

Para existir, exige elementos constitutivos comuns a todos os negócios e elementos da categoria eleita pelas partes, que estejam previstos no ordenamento. Dele ainda podem constar elementos particulares, estabelecidos voluntariamente pelas partes.

⁸³³ Godoy exemplifica esses planos: “[...] um testamento não existe enquanto se limita à cogitação do testador, quando ele comenta sua intenção com amigos, parentes ou advogados, ou mesmo quando chega a fazer um rascunho. Apenas depois de se materializar uma declaração de vontade de testar, na visão do autor socialmente reconhecida como voltada aos efeitos jurídicos queridos, é que se pode falar em testamento existente. E só então se poderá cogitar da validade do negócio, observados os requisitos de validade, todavia em plano lógico posterior. Sem contar, por fim, que, mesmo válido, os efeitos do testamento ainda em instante superveniente é que se podem operar, no exemplo dado com a morte do testador”. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 397.

Na classificação tradicional são identificados elementos chamados de essenciais, naturais e acidentais⁸³⁴ e, dentre os elementos essenciais, os gerais e os específicos.

De forma sintética pode-se referir que os elementos essenciais gerais estão presentes em todos os negócios, enquanto que os específicos são necessários apenas em determinados tipos. Esses elementos é o que diferenciam um tipo de negócio jurídico do outro⁸³⁵. Os elementos naturais são os que derivam da lei, podendo ser derogáveis ou inderrogáveis⁸³⁶. E, os elementos acidentais dizem com estipulações que as partes podem, ao abrigo da autonomia privada, incluir nos negócios que celebram⁸³⁷. A classificação é objeto de exame por vários autores que, por sua vez, apresentam adaptações, não havendo padronização quanto a forma de análise dos elementos de um negócio⁸³⁸.

Para Azevedo, é necessário ter em mente que o negócio jurídico é uma abstração e que apenas quando particularizado é que teremos um negócio jurídico *in concreto*. Ao analisar os elementos, preleciona que é necessário ter clareza se a classificação diz respeito a uma categoria abstrata, intermediária ou a um negócio particular. A classificação, para o autor, deve ser gradual. Identifica, pois, como os elementos constitutivos do negócio jurídico: gerais, categoriais e particulares⁸³⁹. A despeito de possíveis diferenças, tem pontos de contato com a classificação tradicional.

⁸³⁴ Penteado apresenta a classificação tradicional: “Em todo negócio, seriam passíveis de descrição os *essentialia negotii*, os *naturalia negotii* e os *accidentalia negotii*. Entre os primeiros encontram-se iam aqueles elementos sem os quais não há negócio jurídico desde aqueles próprios do negócio como fato e como ato jurídico (data, local, agente, denominados de elementos gerais extrínsecos), até aqueles pertinentes à categoria específica de negócio (como coisa, preço e consentimento para compra e venda, ou o risco segurável para o contrato de seguro), sem olvidar também quaisquer outros dos elementos gerais intrínsecos como objeto, forma e circunstâncias negociais. Já os elementos naturais seriam os decorrentes logicamente do tipo de negócio, mas ordinariamente derogáveis pelas partes [...] Os elementos acidentais, por fim, seriam aqueles que meramente adicionam aos negócios jurídicos perspectivas específicas perfeitamente dispensáveis do ponto de vista conceitual e mesmo não decorrentes da natureza do modelo escolhido, mas nem por isso estranhas ao conjunto de estruturas que integram o plano de existência do negócio jurídico. São elementos acessórios, que logicamente se podem separar do negócio concreto sem implicar a modificação da sua recondutibilidade a determinada categoria negocial. [...] Se, porém, certas disposições particulares, acessórias, vierem a ser introduzidas, devemos dizer que esse negócio jurídico não é um negócio puro, pois passou a ser um negócio acompanhado de uma modalidade, ou de um acessório”. PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 472.

⁸³⁵ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 116.

⁸³⁶ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 117.

⁸³⁷ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 117.

⁸³⁸ Nesse sentido ver CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., pp. 218-221 e, AZEVEDO, António Junqueira de. **Negócio...**, pp. 27-30.

⁸³⁹ Resume o autor: “Assim, a classificação que fazemos dos elementos do negócio jurídico é: a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem

Dentre os elementos gerais identifica os intrínsecos e os extrínsecos, ambos necessários para a constituição do ato⁸⁴⁰, no que se identificam com os referidos elementos essenciais gerais, quais sejam elementos constitutivos dos negócios jurídicos em geral. Os elementos categoriais são os decorrentes da lei, que podem ser essenciais/inderrogáveis ou naturais/derrogáveis⁸⁴¹. E, por fim, os elementos particulares que coincidem com os elementos acidentais da classificação tradicional, que podem ser apostos em um negócio jurídico concreto, também sempre voluntários⁸⁴².

Ressalta-se que esses elementos são necessários para a existência de um negócio jurídico específico. Deverão conter elementos sem os quais não há como o negócio se concretizar, comuns a todos os negócios, alguns relativos a categoria que se refere, podendo se fazer presente, outros elementos próprios do negócio que se está a realizar, por voluntariedade das partes, dos quais as pessoas podem inclusive abrir mão.

Pode-se, pois, dizer que elemento de um negócio jurídico “*é tudo aquilo que lhe dá existência no campo do direito*”⁸⁴³, ou seja, é a soma dos elementos identificados, agregando, assim, seguindo a classificação de Azevedo, os elementos gerais, categoriais e particulares.

Uma vez que esses elementos passam a integrar o negócio jurídico, para aquele negócio *in concreto*, tornam-se essenciais. Ou seja, um elemento dito acidental, ou como prefere Azevedo, particular, ainda que de cunho voluntário, quando passa a integrar um negócio fica intimamente ligado a ele, de forma que, para esse negócio, é um elemento essencial⁸⁴⁴.

É o caso, por exemplo, da condição suspensiva de uma DA, que se verá adiante. Embora as condições sejam indicadas como elementos particulares que podem ser estabelecidos ou não pelas partes, uma vez que constem do negócio *in concreto*, tornam-se essenciais.

Preenchidos esses elementos, o negócio estará formado e passa a existir.

comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 32.

⁸⁴⁰ Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 32-35.

⁸⁴¹ Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 35-38.

⁸⁴² Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 38-40.

⁸⁴³ Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 39.

⁸⁴⁴ Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 39.

Somente após essa etapa se analisarão os requisitos de sua validade. Como adverte Ferrara, a validade nada tem a ver com a formação do negócio⁸⁴⁵. Somente o negócio que existe passará pelo crivo da validade, no qual são analisadas as qualidades dos elementos que o formaram. Como exemplo podemos dizer que um negócio para existir exige o agente, mas para ser válido esse agente deve ser capaz. A capacidade, pois, é o qualificativo do agente. E, por fim, é possível a análise da eficácia que diz com a possibilidade desse negócio extrair os efeitos pretendidos.

São planos diferenciados cujo exame deve seguir a ordem, pois não há como falar de negócio válido ou inválido se ele não existe. Para ter a máxima eficácia, um negócio jurídico precisa antes existir e ser válido. Contudo, é possível que um negócio *in concreto*, que existe e é válido, ainda assim não produza os efeitos pretendidos. Ou seja, os três planos, embora interligados, permitem a análise do negócio em cada um deles.

Leciona Pontes de Miranda:

“1. Existir e Valer – Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tão-pouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.
2. Valer e Ser Eficaz – os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo”⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Refere o autor: “Qui preme avvertire che nulla ha da vedere com la formazione la validità del negozio. Il negozio è formato quando esiste. Che esso sai nullo, annullabile, è uma sua condizione giuridica, ma non significa che non si è formato ...”. (Livre tradução: “Cabe advertir que a validade do negócio não tem nada a ver com a formação. O negócio é formado quando existe. Que seja nulo, anulável, é uma condição jurídica, mas não significa que não esteja formado”). FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio...**, p. 109.

⁸⁴⁶ Cfr. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo 4..., pp. 6-7.

Identificam-se, assim, vários planos a serem atingidos por um mesmo ato, no mundo jurídico. Com isso, é possível que um negócio exista, seja válido e eficaz ou que apenas atinja o plano da validade, mas não da eficácia, por exemplo⁸⁴⁷.

Naturalmente que, salvo exceções específicas, se um negócio jurídico é inválido, também não produzirá os efeitos que se pretendia. Mas podem ter negócios válidos que ainda assim não gerem efeitos, o que conduz para a análise separada desses planos.

Ao tratar dos negócios jurídicos em geral, Betti adverte que são instrumentos *“que não podem ser criados levianamente, mas só em vista de razões sérias, após um cuidadoso exame da situação de fato”*⁸⁴⁸.

A partir do momento que a pessoa se dispõe a realizar uma diretiva para cuidados de saúde, deve buscar fazê-la dentro das regras legais e com conhecimento da sua repercussão, como forma de garantir que produza os efeitos realmente pretendidos.

Ao emitir uma declaração de vontade com relação a um objeto de tal grandeza, a pessoa deve estar consciente das repercussões de seus atos, não podendo se aventurar na elaboração de cláusulas sem o devido esclarecimento de seu significado e do resultado de que essa sua manifestação possa ter.

As diretivas antecipadas são um instrumento que permitem o exercício da autonomia pessoal e que, por isso mesmo, devem vir disciplinadas com o cuidado e atenção que merecem.

Como se trata de uma declaração da vontade sobre cuidados de saúde, o seu componente psicológico ganha relevância. Exige-se o consentimento qualificado, ou seja, para além da declaração da vontade, que deve ser livre, precisa ser também esclarecida, ou seja, com conhecimento do conteúdo que se está a expressar e das repercussões de cada cláusula.

A declaração da vontade, pois, é elemento primário de todo negócio e, como tal, deve ser livre e isenta de vícios, para ser reconhecida como regular e válida. Constatado

⁸⁴⁷ Mello identifica as seguintes possibilidades: “é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico stricto sensu) (a) existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente), (b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), (c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), (d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita pessoalmente, por pessoa absolutamente incapaz), ou, quando se trata de fato jurídico stricto sensu, ato-fato jurídico, ou fato ilícito lato sensu (e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente (f) existe e é ineficaz, porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos”.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 140.

⁸⁴⁸ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 2. Campinas: LZN editora, 2003. p. 329.

que o consentimento encontra-se viciado, este levará a anulação do negócio ou da disposição, como adiante se verificará.

No caso das DA's deve-se acrescentar o qualificativo «esclarecido» em razão do objeto de que irá se dispor, na esteira da teoria do consentimento informado. A declaração negocial a ser consubstanciada em um texto é elemento essencial para a constituição desse negócio jurídico, que tem por objeto exatamente a manifestação da vontade da pessoa com relação a cuidados de saúde e fim de vida.

O ordenamento jurídico que acolher as DA's deve permitir a compreensão do objeto para o qual elas se dirigem, facilitar a sua elaboração sem exigências burocráticas desnecessárias, eleger requisitos indispensáveis para segurança da livre expressão da vontade, garantindo a autoria e integridade da manifestação, e assegurar seu cumprimento quando estiver de acordo com as regras legais, à moral vigente e à literatura médica corrente.

Assim, a análise que se segue pretende estabelecer uma dogmática jurídica, teórica e prática, observando *a priori* a disciplina própria dos negócios jurídicos em geral, de logo analisando as regras estabelecidas quando o negócio vem aceito e incorporado na legislação, para fins de identificar regras específicas que permitam conferir segurança na elaboração e eficácia no cumprimento dos atos de manifestação de vontade em matéria de cuidados de saúde.

4.3 Enquadramento das diretivas antecipadas

4.3.1 Natureza jurídica

Ao tratar da natureza jurídica do ato de manifestação prévia de vontade em matéria de cuidados de saúde, identifica-se como um negócio jurídico. Expressão, portanto, da autonomia privada, atinente aos direitos existenciais⁸⁴⁹.

Diferencia-se dos atos jurídicos *strito sensu*, que tem seus efeitos estabelecidos pela própria lei, pois aqui há um ato de declaração de vontade apto a gerar efeitos,

⁸⁴⁹ Leciona Godoy: “declarações de vontade atinentes a direito da personalidade, como as disposições do próprio corpo, de disposição sobre o direito de imagem, ou ainda no campo do direito de família, como num acordo sobre separação ou guarda, valendo acrescentar o próprio testamento, que o novo CC explicitou poder de reconduzir apenas a disposições não patrimoniais (art. 1857, § 2º), representam, todas, verdadeiro negócio jurídico”. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Dos fatos..., p. 393.

permitidos pela lei e pretendidos pela parte⁸⁵⁰. Ou seja, a manifestação relativa aos cuidados de saúde e fim de vida é uma declaração de vontade apta a produzir efeitos.

Como delimitado no item 3.5.2 desta tese, verificam-se atos de autonomia privada dirigidos para o exercício de direitos existenciais das pessoas. Carece, contudo, de uma disciplina específica para esses atos, uma vez que nitidamente as regras vieram direcionadas para a disciplina de questões patrimoniais.

Contudo, na sua grande maioria são normas compatíveis, tais como as que se referem aos requisitos, aos vícios de vontade, que permitem, com as devidas adaptações doutrinárias, a sua aplicação ao negócio, objeto de análise.

Podemos, dessa forma, classificar as DA's como negócio jurídico, personalíssimo, unilateral, *inter vivos*, gratuito e revogável.

De acordo com o referido no item 4.2 dessa tese, tratando-se de uma declaração única, que parte de um declarante apenas, será composta de um enunciado que comporá o texto, com unicidade desses atos.

Tem por objeto geral cuidados de saúde e fim de vida, de forma que suas cláusulas podem se dirigir para a indicação de tratamentos que aceita ou recusa, nomeação de representante que tome essas decisões ou simplesmente que interprete as diretivas suprindo eventual lacuna.

Importante referir que, como negócio jurídico, as declarações de vontade destinadas a indicar os cuidados de saúde, ou indicar representante, quando emanadas de um mesmo declarante, guardam uma unicidade.

Trata-se, pois, de uma declaração de vontade tendente a produzir efeitos no meio jurídico e social e, como tal, elemento do negócio jurídico.

De acordo com o proclamado por Almeida, verifica-se que nas determinações desses cuidados ou nomeação, além de enunciados assertivos que o compõem, dada a sua complexidade, ter-se-á enunciados performativos, quais sejam, direcionados a realizar determinados atos e, como tal, aptos a constituírem o negócio jurídico.

Conforme já foi referido no capítulo primeiro dessa tese, a origem de instrumentos para manifestação de vontade sobre cuidados em fim de vida é dos Estados Unidos da América. A partir do ato de autodeterminação do paciente, firmaram -

⁸⁵⁰ Leciona Cordeiro: "... os atos jurídicos em sentido amplo repartem-se em atos jurídicos em sentido estrito (*stricto sensu*) e em negócios jurídicos. Os primeiros postulam mera liberdade de celebração; os segundos vão mais longe: assentam na liberdade de celebração e na liberdade de estipulação". CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 85.

se como instrumentos tanto o *living will* como o *durable power of attorney*, ambos como espécies do gênero *advance directives*. Direccionavam-se para a identificação de um gênero e duas espécies.

A lei portuguesa que trata da matéria adota, igualmente, a designação de «diretivas antecipadas de vontade» para o gênero, estabelecendo como espécies os «testamentos vitais» e a «nomeação de procurador de cuidados de saúde».

Ou seja, documentos que tem por finalidade a indicação de tratamentos que a pessoa quer ou não se submeter em situações de fim de vida, quando esteja incapacitada para se manifestar, são tratados por diversos nomes. Ao longo do tempo veio se firmando o termo «diretivas antecipadas» como nome genérico, no qual poderão ser incluídos conteúdos diversos, em instrumentos únicos ou separados.

O negócio jurídico é, pois, a declaração da vontade tendente a especificar os cuidados médicos em situações específicas de fim de vida que retirem a capacidade de expressão da pessoa, ou a indicação de representante que ficará responsável pelas decisões que se fizerem necessárias nesse momento.

Constata-se, pois, a existência de um único objeto, com unicidade de declarante e de objeto, quais sejam, os cuidados de saúde da pessoa.

Como se verá na sequência, como elemento de prova, recomenda-se e tem sido adotado pelas legislações que seja observada a forma escrita. O negócio jurídico, então, que conterá o texto de declaração da vontade, se instrumentalizará em um documento.

É possível que diretrizes de cuidado e a nomeação de um representante constem de um mesmo documento, como também é possível que constem de documentos diversos, realizados no mesmo espaço e tempo ou não. De toda sorte, como emanadas do mesmo agente e com o mesmo objeto, produzirão efeitos, exigindo, pois, que no seu cumprimento sejam integradas.

Salienta-se que esses negócios são eminentemente revogáveis, ou seja, podem a qualquer tempo serem revogados total ou parcialmente, quando então deverá ser observada a cadeia de tempo para verificar as cláusulas revogadas e as que permanecem válidas, se estiverem dentro do prazo de eficácia.

Como se pode ver, guardam certa similitude com os testamentos, também negócios jurídicos unilaterais e de projeção da vontade para momento futuro, embora as DA's sejam destinadas a produzir efeitos em vida, do que se distancia deste ato de disposição relativo a bens e cujos efeitos se operam com a morte.

Embora com eficácia em momentos distintos, os testamentos são os instrumentos legais de maior proximidade com as diretivas antecipadas, permitindo considerar sua doutrina com as devidas adequações.

As diretivas antecipadas de vontade são negócios novos nos ordenamentos jurídicos. As estruturas com conceitos já delineados auxiliam no estabelecimento de uma disciplina legal.

As várias classificações dos negócios jurídicos e, dentre eles, especificamente dos contratos, para o qual a doutrina despense maiores esforços de regulamentação, podem causar certa confusão.

Embora seja possível identificar dentre os negócios jurídicos um núcleo homogêneo correspondente ao modelo tradicional, quais sejam negócios de direito privado, *inter vivos* e de natureza patrimonial, ao lado desses há outros pequenos núcleos com afinidades particulares, onde podemos incluir os testamentos e agora as DA's. A teoria geral é, contudo, comum a todos, bem como os aspectos essenciais do regime jurídico, como se verá na sequência⁸⁵¹.

Aqui interessa determinar que essa manifestação deve ser pessoal, e que irá se aperfeiçoar com a declaração da vontade. Mesmo que a declaração se dirija a um destinatário, quais sejam os profissionais ou instituições de saúde que estiverem atendendo o declarante no momento em que este não possa mais interagir, ou mesmo dirigida aos familiares, esses não se tornam parte do negócio, pois não é chamado a consentir⁸⁵². Assim, pode-se dizer que é um negócio jurídico unilateral⁸⁵³.

Deverá preencher os elementos essenciais para sua constituição, comuns a todos os negócios jurídicos e os demais requisitos que venham legalmente estabelecidos, especificamente para essas manifestações. Seu conteúdo deverá também estar adequado aos ordenamentos jurídicos do local da emissão.

A lei portuguesa, quando trata das DA's, faz referência a «diretivas antecipadas de vontade». Esse negócio jurídico é identificado como uma manifestação de vontade relativa aos cuidados de saúde e fim de vida.

⁸⁵¹ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 258.

⁸⁵² Nesse sentido ver BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1..., p. 145.

⁸⁵³ Mello expõem: "Os negócios jurídicos unilaterais têm existência e eficácia autônomos, por isso não supõem nem provocam reciprocidade ou correspectividade de efeitos jurídicos. Para existirem, basta a manifestação de vontade suficiente à composição do seu suporte fático".

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 245.

Salienta-se que a referência à «vontade» que consta de sua terminologia e definição legal diz sim com o aspecto volitivo, intersubjetivo e aqui é colocada como sinônimo de querer, desejar. Ou seja, a manifestação será sobre os tratamentos que quer, pretende, deseja, ou não, se submeter. O termo vontade, aliás, pela sua vagueza, não parece ser o que melhor identifica as diretivas, tanto que, quando se trata da terminologia, faz-se referência a necessidade de escolha de termos mais específicos.

É importante que fique claro que não é a terminologia utilizada que qualifica o ato como um negócio jurídico, mas sim a qualificação dessa declaração de vontade, que adquire o algo a mais para ser classificada como uma declaração negocial e, portanto, formadora de um negócio jurídico.

Como reconhece Cordeiro: *“o negócio jurídico, enquanto manifestação última da eficácia jurídica de natureza humana, assenta em declarações de vontade: uma ou mais”*⁸⁵⁴.

Como negócio jurídico, pois, fica claro tratar-se de uma declaração de vontade, elemento primário de qualquer negócio jurídico, apta para produzir os efeitos que se busca, no caso, o atendimento às manifestações do paciente em respeito a sua autonomia pessoal. É, pois, ato de autonomia da pessoa.

4.3.2 Definição

Os diversos ordenamentos jurídicos que tratam das DA's apresentam definições próprias. As definições têm em comum o fato de serem manifestações feitas por pessoa maior e capaz, de forma antecipada, a indicar os cuidados de saúde aos quais deseja ou não se submeter, para ter validade no momento em que a pessoa se encontre incapacitada de se manifestar.

A lei portuguesa, que data do ano de 2012, define as diretivas antecipadas de vontade no seu art. 2º:

I – As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja

⁸⁵⁴ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 123.

receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente^{855 856}.

Apresenta, em verdade, a definição legal das DA's, que permite dele abstrair o objeto, os requisitos essenciais e o conteúdo geral.

São disposições elaboradas por pessoa maior e capaz, para ter eficácia no momento em que não possa manifestar sua vontade quanto aos tratamentos e procedimentos na área da saúde que pretende ou não se submeter.

A legislação portuguesa, como já referida, subdivide as diretivas em testamentos vitais e procuração para cuidados de saúde e, notadamente, ao definir as diretivas, direciona para o conceito de testamento vital, tanto que não integra esse conceito à possibilidade de nomeação de procurador para decisões sobre esses mesmos cuidados.

Contudo, já se referiu acima, o negócio jurídico de que se fala, independente da terminologia que se adote, comporta várias cláusulas. Dentre elas, tanto indicações de tratamento como nomeação de procurador para cuidados de saúde.

A definição legal apresentada indica também outros requisitos, tais como a necessidade da vontade ser manifestada de forma livre e esclarecida e a revogabilidade a qualquer tempo.

O objeto primeiro das diretivas são manifestações de tratamentos de saúde, tanto que os modelos padrões disponibilizados listam os tratamentos disponíveis atualmente para que sejam marcados ou não pela pessoa.

Porém, é muito importante que se delimite o momento em que as diretivas passam a produzir seus efeitos. O conceito de incapacidade, aqui direcionado em especial para a incapacidade de poder se manifestar, é muito amplo e nem sempre estaria a exigir o desencadeamento das diretivas.

⁸⁵⁵ Refira-se que a lei portuguesa faz distinção entre o testamento vital e procuração para cuidados de saúde, em razão do que, ao definir as diretivas sob a designação de testamento vital, não refere a possibilidade de nomeação de um representante. Nessa tese, como se verá na sequência, identifica-se um único negócio jurídico que pode conter várias cláusulas, de forma que também a nomeação de um representante pode constar da diretiva.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 25/2012 de 16 de julho...**

⁸⁵⁶ No mesmo sentido a definição do Código de Saúde Pública francês, no seu Art. L. 1111-11. Já transcrita. LEGIFRANCE.GOUV.FR. **LOI n° 2005-370 du 22 avril 2005...**

Igualmente, a lei espanhola, ao tratar do que denominam «instrucciones previas», no Artículo 11. item.1. da Lei nº 41/2002. Já transcrita.

ESPAÑA. Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre...**

Cabe lembrar que essas DA's surgiram em razão de graves estados de saúde, irreversíveis, e que não se tinha ideia de qual seria a decisão do paciente sobre continuidade ou não da manutenção de suportes vitais.

As decisões contidas em documento devem gerar seus efeitos quando não houver mais possibilidade de reversão do quadro de incapacidade, o que abrange os casos de EVP e as doenças terminais, inclusive casos de evolução de uma doença degenerativa.

Considerando os bens envolvidos nas disposições antecipadas, é importante que na sua definição direcione os momentos de sua eficácia. Isso porque a recusa de um tratamento pode implicar na disposição da vida. E, uma vez decidido, pode impossibilitar a reversão da decisão.

A especificação das situações de fim de vida em que a pessoa pretende ver sua diretiva sendo aplicada, sempre direcionadas a situações de fim de vida, deve, portanto, constar da diretiva, como se analisará adiante.

Em termos de definição, pois, é importante que fique claro que as DA's dirigem-se aos cuidados de saúde em fim de vida e que as diretrizes elencadas serão observadas se a pessoa encontrar-se incapacitada permanentemente de se manifestar.

Desta forma, pode-se definir diretivas antecipadas como um negócio jurídico que permite a manifestação prévia dos cuidados de saúde para fim de vida que a pessoa aceita ou recusa, a indicação de valores pessoais que deve ser levada em conta ou a nomeação de pessoa que tomará ou integrará essas decisões no lugar do declarante, para produzir efeitos no momento em que a pessoa se encontrar permanentemente incapacitada de manifestar sua vontade.

4.3.3 Terminologia

Encontrar uma boa denominação para esses instrumentos é relevante na medida em que o termo, por si só, deve facultar uma clara compreensão da definição e finalidade que serão conferidas a esses documentos, a permitir que a pessoa que os firmar tenha clareza da repercussão do seu ato.

O estabelecimento de uma terminologia que abarque esses requisitos é de grande dificuldade. Não se desconhece que a definição jurídica irá preencher essas lacunas. Ainda assim, é preciso que a denominação permita a identificação do instrumento que se

está a adotar, considerando a natureza e o objeto para o qual as diretivas antecipadas se destinam.

As expressões, quando há referência a esses documentos, variam entre «declarações» ou «diretivas», que se associam ou não aos termos «antecipada» e «vontade». Desta forma é possível encontrar referências a «diretivas antecipadas», «diretivas de vontade», «manifestações de vontade», «declarações de vontade», etc.

A maioria dos países tem designado essas manifestações apenas como «diretivas antecipadas». Essa expressão é utilizada na Resolução do CFM brasileiro, na legislação francesa - *directives anticipées* -, no Código Civil alemão - *Patientenverfügungen* -, na lei argentina - *Directivas anticipadas*.

Como referência única ou como uma espécie de diretiva encontra-se ainda a utilização dos termos: *living will* nos Estados Unidos; *testamentos vitais* em Portugal; *instrucciones previas* na Espanha e *testamentos biológicos* na Itália.

Na língua portuguesa, os chamados *living will* foram traduzidos para «testamentos vitais», o que fez receberem muitas críticas. A palavra inglesa *will* tem a tradução de «testamento», embora também possa ser traduzida como «vontade» ou «intenção»⁸⁵⁷, de forma que a designação pode não estar de acordo com a melhor tradução.

As críticas à adoção do termo «testamentos vitais» decorrem, em especial, do conceito de testamento.

O termo «testamento», na legislação portuguesa e brasileira, refere-se a manifestações de vontade para depois da morte⁸⁵⁸. Ou seja, são instrumentos legais para

⁸⁵⁷ Nesse sentido: *will*¹ n 1 *vontade*. *we have our will* / *vai como nós queremos, fizemos prevalecer nossa vontade*. 2 desejo, inclinação. *what is your will?* / *qual é o seu desejo?* 3 decisão, determinação, resolução, propósito. 4 volição. 5 *testamento*. *he made his will* / *ele fez o seu testamento*. 6 intenção. 7 escolha, preferência. 8 sentimento (para com outra pessoa). 9 consentimento. *I got his will* / *obtive o seu consentimento*. vt 1 querer. *God wills it* / *Deus quer assim*. *we willed it to be so* / *nós o queríamos assim*, determinamos que assim fosse. 2 desejar. *as God wills* / *como Deus deseja*. 3 determinar, decidir. *religion wills us...* / *a religião nos manda...* 4 legar. 5 concordar. [...]. WILL. In: Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/index.php?lingua=ingles-portugues&palavra=will>>. Acesso em: 04 out. 2015.

⁸⁵⁸ Código Civil português - Decreto-Lei nº 47.344/66 - Art. 2.179º Noção de testamento 1. Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. BARATA, Carlos Lacerda (Org.). *Código Civil e legislação complementar*: versão atualizada. Lisboa: AAFDL, 2010. p. 543.

disposições basicamente patrimoniais⁸⁵⁹, que apenas terão eficácia para depois da morte do testador, ao contrário das diretivas antecipadas que produzem seus efeitos em vida.

Santos propõe a utilização da expressão «diretiva antecipada de tratamento», *“para que, à partida, se soubesse que se está a falar de uma manifestação de vontade muito concreta – relativa sobretudo a tratamentos –, e não de uma vontade ainda a caracterizar”*⁸⁶⁰.

Concorda-se que o termo genérico «vontade» não identifica o conteúdo da manifestação. O vocábulo pode se referir a inúmeras situações e, assim, toda e qualquer manifestação que projete intenções poderia ser considerada como declaração prévia de vontade. Desta forma, a especificação «diretivas de tratamento» ou, até de forma mais detalhada, «diretivas de tratamentos médicos» ou de «cuidados médicos», apresenta na sua designação a finalidade clara desses instrumentos.

Cabe ainda referência que a utilização de um termo geral (diretivas antecipadas de vontade) e de outro específico (testamento vital) para designar o mesmo objeto é desnecessário, pois ambos se direcionam à indicação de diretrizes de cuidado de saúde. Ou seja, testamento vital e diretivas de vontade tem o mesmo objeto, salvo que, diante do estabelecimento de um gênero e de subespécie, diretivas englobaria conteúdo maior que o testamento vital. Na sistemática legal proposta, pois, ao falar em diretivas se estaria falando tanto do testamento vital – indicação de diretrizes – como da procuração para cuidados de saúde – nomeação de representante – ambos para o fim de cuidados de saúde.

A utilização de uma única expressão que designe o ato no qual conste expressamente as manifestações de vontade, com possibilidade de nesse documento ser indicado uma pessoa que possa se manifestar pelo paciente, ou mesmo limitar-se a esta indicação, é o suficiente. Nesses termos, a indicação de um mandatário para falar em nome da pessoa seria uma das disposições possíveis dentro das DA's e não um negócio próprio, como adiante se tratará.

⁸⁵⁹ São aceitas disposições de cunho não patrimonial. Nesse sentido art. 1857, § 2º do Código Civil brasileiro e art. 2.179º § 2º do Código Civil português. Como exemplo pode-se citar a nomeação de tutor, conforme dispõe o art. 1729, parágrafo único do Código Civil brasileiro.

⁸⁶⁰ A autora refere que disposições para depois da morte – como cremação ou enterro, funeral religioso ou não, etc. - podem ser um acréscimo legítimo, mas que as diretivas estão fundamentalmente voltadas para os tratamentos. Sobre o conteúdo em específico falaremos no item 4.5. SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento...**, p. 51.

A indicação de procurador está mais para disposição admitida nesses instrumentos do que para denominação e, como tal, não há necessidade de criação de instrumento próprio, mas de se estabelecer o conteúdo aceito nessas manifestações⁸⁶¹. A apresentação do documento que materialize essas diretivas servirá como prova da nomeação, fazendo as vezes da procuração, instrumento que materializa a representação.

É desnecessária a criação de um gênero e de espécies. O importante é sim que seja compreendido que esse documento permite que manifestações da vontade do paciente sejam observadas no momento em que não puder se expressar, ou que as decisões sejam tomadas pela pessoa por ele indicada.

Conclui-se, pois, que a utilização do termo «diretivas antecipadas de tratamento» ou «tratamento médico» é um termo que melhor traduz o objeto, no sentido que se pretende, e abarca todo o conteúdo possível dessas manifestações. Manifesta-se preferência, contudo, pelo termo «diretivas antecipadas de cuidados de saúde».

Diretivas⁸⁶² referem-se a uma indicação, a um traçado a ser seguido. Antecipadas, porque expressas no momento da elaboração, mas com eficácia diferida no tempo. E tratamentos médicos ou cuidados de saúde, pois seu conteúdo dirige-se à indicação dos tratamentos que a pessoa concorda ou não em se submeter, de seus valores pessoais que permitam identificar qual seria sua decisão com relação a esses cuidados em situações finais de vida, ou mesmo a indicação de alguém que tome essa decisão por si, caso não possa se manifestar.

Ou seja, a utilização desse termo dará a ideia de que serão traçadas diretrizes manifestadas pelo indivíduo, antecipadamente, sobre questões de saúde, pois mesmo a indicação do representante será apenas para esse fim.

O termo «testamento vital» adotado pela lei portuguesa, a despeito das críticas que recebeu, passou a ser utilizado e, ao longo do período de vigência da lei, parece estar bem assimilado no meio médico e na sociedade e, nessa nomenclatura, permite espaço

⁸⁶¹ Nesse sentido, o modelo de DAV disponível no site do sistema partilhado de saúde de Portugal prevê um único modelo com a indicação de procurador e das demais disposições. SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSepe). **RENTEV**: Registo Nacional de Testamento Vital....

⁸⁶² Nesse sentido: **di·re·ti·va** - Indicação, instrução ou norma que deve orientar uma ação ou atividade = DIRETRIZ. **di·re·triz**¹. Linha a que se deve subordinar a direção de outras linhas ou a de alguma. DIRETIVA. In: DICIONÁRIO Priberam da língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/diretriz>>. Acesso em: 13 out. 2015.

também para a indicação do procurador⁸⁶³. É exemplo disso o registro nacional criado, denominado como «Registro Nacional de Testamentos Vitais – RENTEV», já de conhecimento e utilização pelos cidadãos portugueses.

A crítica ainda é válida na medida em que esta tese não está focada no exame da lei portuguesa e sim em estabelecer uma dogmática jurídica que possa ter reflexos, inclusive, na criação de um ordenamento jurídico brasileiro, no qual o tema ainda tem um debate insipiente.

Constatado que o termo geral «diretivas antecipadas» é o mais utilizado, e, em função disso, ganha notoriedade e identifica seu objeto, será esse o termo empregado nessa tese, sem outros complementos, a fim de se evitar contradições ou ambiguidades.

4.3.4 Elementos essenciais

Identificada a diretiva antecipada como um negócio jurídico e, desta forma, uma declaração de vontade com vistas a obter um determinado efeito jurídico, exige, além da declaração negocial, outros elementos essenciais para a constituição desse negócio e para sua consequente validade.

Conforme classificação da doutrina tradicional, identificam-se elementos ditos essenciais, quais sejam, aqueles sem os quais o ato não existe, os elementos naturais, que são as consequências legais previstas desse próprio ato, e os elementos acidentais, relativos às estipulações facultativas, que são adicionados ao ato e que podem modificar suas condições naturais, tais como o encargo, o termo ou a condição⁸⁶⁴.

Azevedo⁸⁶⁵ identifica como elementos necessários para a constituição de todos os negócios jurídicos a forma que deve ter, o objeto que diz com o seu conteúdo e as circunstâncias negociais. Indica ainda elementos extrínsecos, quais sejam, o agente, o lugar e o tempo⁸⁶⁶.

O negócio jurídico é, portanto, a declaração da vontade, decorrente do processo volitivo, mais os elementos gerais intrínsecos e extrínsecos. Tratam-se, pois, de

⁸⁶³ No modelo disponibilizado no site do RENTEV há espaço para indicação do procurador. Anexo a essa tese.

⁸⁶⁴ Nesse sentido classificação já referida. *Cfr.* PENTEADO, Luciano de Camargo. *Cláusulas...*, p. 472.

⁸⁶⁵ Na classificação que apresenta, Azevedo refere-se a esses elementos do negócio jurídico como sendo gerais, categoriais e particulares, classificação essa que guarda similitude com a classificação tradicional. Ao falar dos elementos gerais, está a tratar dos elementos essenciais a constituição do negócio jurídico e que sejam comuns a todos os negócios. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 32.

⁸⁶⁶ *Cfr.* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 32-34.

elementos sem os quais não se tem o negócio jurídico. Assim, no plano da existência, esses elementos são necessários para a constituição do ato e dizem respeito a todos os negócios jurídicos.

Para que o negócio jurídico ingresse no mundo jurídico de forma regular, é necessário que preencha os requisitos de validade, que dizem com a qualidade de cada um desses elementos, como, por exemplo, a exigência de que o agente seja capaz, ou que a forma seja a prescrita, ou ao menos não defenda em lei.

As diretivas antecipadas são negócios jurídicos, unilaterais e, como tal, para sua constituição, além de elementos específicos, são necessários os elementos essenciais para a constituição dos negócios em geral. Igualmente, para sua validade devem concorrer as exigências de regularidade desses elementos.

Assim qualificados, são requisitos de validade do negócio jurídico, de forma que também as diretivas antecipadas deverão observá-los. Concentrar-se-á, na sequência, nos elementos constitutivos ditos essenciais, presentes em todos os negócios jurídicos, com as especificidades necessárias às diretivas.

4.3.4.1 Agente

Toda declaração negocial tem um declarante, ou autor da declaração, qual seja, “*a pessoa que emite a declaração com um mínimo de autonomia na elaboração da mensagem*”⁸⁶⁷.

Como reconhece Almeida, o declarante é imprescindível em qualquer tipo negocial⁸⁶⁸. A capacidade, por sua vez, é um requisito de validade do negócio jurídico.

No caso das DA's, a capacidade exigida é a legal, que impõe idade mínima e condições mentais. O regime das incapacidades é exceção estabelecida por lei com vista à proteção daqueles que por condições etárias ou intelectuais presumem-se não terem maturidade para realização de atos da vida civil. Parte-se do pressuposto que essas pessoas “*em virtude de sua falta de discernimento, não podem agir isoladamente no*

⁸⁶⁷ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 313.

⁸⁶⁸ Como refere o autor: “Um negócio que se descreve sem as pessoas a que se refere (compra sem comprador e vendedor; proposta sem proponente) seria um corpo sem cabeça ou um simples modelo abstracto e tão absurdo como um direito subjectivo ou qualquer interacção jurídica sem indicação do respectivo titular. Assim como não há narrativa sem personagens, não há negócio jurídico irredutivelmente anônimo”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 575.

*mundo jurídico, pois não têm condições intelectuais de transitarem no mundo jurídico de forma consciente e responsável*⁸⁶⁹.

A capacidade etária legalmente estabelecida pressupõe a maturidade da pessoa, estabelecida de forma genérica, observando, portanto, uma média. Conforme preleciona Ascensão, “a lei atende à evolução da capacidade natural e vai reduzindo sucessivamente o âmbito da incapacidade do menor”⁸⁷⁰.

No item 3.5.4.1 desta tese foi analisada a capacidade para tomada de decisões de cuidados de saúde. Como diz respeito à esfera existencial, não estaria vinculada, necessariamente, à capacidade etária, e mesmo intelectual, proposta no regime das incapacidades, direcionadas à proteção da pessoa nas questões de ordem patrimonial⁸⁷¹.

Nas decisões que dizem respeito à esfera íntima da pessoa, é conveniente que sua capacidade para tomada de decisão seja analisada em cada caso. Assim, mesmo menor de idade poderá participar do processo de tomada de decisão sobre questões que digam respeito a sua saúde, se tiver maturidade para encarar a situação, capacidade de compreender as informações que são prestadas e discernimento para avaliar as opções que lhe são postas.

Santos e outros, ao tratarem da capacidade etária mínima para consentir no Direito Penal médico, concluem que a partir dos quatorze anos o consentimento do adolescente já seria válido⁸⁷². Igualmente, verifica-se que o código penal português, ao

⁸⁶⁹ Cfr. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade..., p. 7.

⁸⁷⁰ O autor identifica que a redução pode ser feita por remissão natural ou por levantamento de limitações. Quando trata da remissão natural, indica como exemplos os 14 anos como idade para o menor consentir com a adoção, a possibilidade de realizar contratos de trabalhos, etc. Aos 16 anos a possibilidade de contrair matrimônio, concluindo que “embora a maioridade seja fixada nos 18 anos, há numerosas atribuições de capacidade de agir, mesmo antes desse tempo. O setor em que há capacidade vai-se progressivamente alargando, acompanhando o processo de maturidade”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral** 1..., pp. 148-149.

⁸⁷¹ Refere Teixeira: “O que se constata, desta forma, é que tal regime tem o intuito protetivo, mas não deve esgotar-se em si mesmo, pois só faz sentido se funcionalizado aos objetivos constitucionais. Se o regime das incapacidades visa o resguardo do incapaz no trânsito jurídico patrimonial, tendo em vista que tenciona atribuir segurança às relações intersubjetivas, ele deve ser visto de forma qualitativamente diversa, no que tange às situações jurídicas existenciais. Diante disso, a manutenção do regime das incapacidades para a prática de todas as categorias de atos jurídicos é um reforço à concepção patrimonialista do sistema jurídico. Já está superado o entendimento da prevalência das situações jurídicas patrimoniais sobre as existenciais. O que se busca é que mesmo as situações jurídicas patrimoniais tenham sua justificativa institucional no fomento ao livre desenvolvimento da pessoa”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiências..., p. 70.

⁸⁷² Ao analisarem a capacidade para fins de consentimento no sistema jurídico brasileiro, concluem os autores: “em regra, o termo inicial da capacidade etária jurídico-penal para consentir é 14 anos. Esse marco, entretanto pode ser relativizado, com sua diminuição para 12 anos, considerando-se a maturidade de discernimento do menor no caso concreto. Portanto, o menor com idade inferior a 12 anos é jurídico-penalmente incapaz de consentir nas intervenções médicas”. SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João B. de; SOUZA, Paulo V. Sporleder. Capacidade..., p. 42.

prever o consentimento como forma de exclusão da ilicitude, prevê a validade da manifestação dos maiores de dezesseis anos, o que se aplica também para as questões jurídico-penais das intervenções médicas⁸⁷³.

Contudo, para fins de manifestação antecipada, na qual se exige a projeção de situações que podem ou não virem a ocorrer, exigindo alta capacidade de abstração por parte do manifestante e, ainda porque necessário, assegurar a validade do documento de acordo com o momento em que for realizada, a capacidade etária a ser considerada será a estabelecida na lei.

É possível que a legislação estipule uma capacidade etária especial também para a realização das DA's, a exemplo do que é disciplinado no direito brasileiro com relação à capacidade para formalizar os testamentos. Contudo, na ausência de disposição expressa, prevalece o regime geral das incapacidades porque, para fins de estabelecimento de uma capacidade diversa da legal, a legislação deve ser expressa⁸⁷⁴. Assim, na ausência de regra específica, os documentos de DA's deverão observar a capacidade legal estabelecida em cada ordenamento.

O que se pretende resguardar aqui é a ausência de coação ou outro vício de consentimento, bem como a exata compreensão do que está sendo disposto. Nesse sentido, ressalta-se que a capacidade legal etária estabelecida tem justamente essa presunção, de que a pessoa, ao atingir determinada idade, adquire maturidade suficiente para tomar decisões sobre sua vida.

Igualmente, é prevista a condição de incapaz para casos de deficiência intelectual, dada a reduzida maturidade e possibilidade de compreensão da situação real. Referências à capacidade etária também se aplicam a incapacidade intelectual. Ainda que a pessoa mantenha capacidade de interagir e demonstre compreender o que se passa, podendo sua vontade ser considerada na decisão final sobre sua saúde e sua vida, tal incapacidade não permitirá a realização de documentos próprios para esse fim.

⁸⁷³Artigo 38.º Consentimento [...] 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. **DL n.º 48/95, de 15 de Março...**

⁸⁷⁴ O Código Civil brasileiro, como já se referiu, estabelece no art. 1869, parágrafo único, capacidade etária diversa para realizar testamento, qual seja 16 anos. Embora a similitude do negócio jurídico em análise com os testamentos, cabe reforçar que a regra não tem como ser estendida para as DA's. Necessária manifestação expressa da lei em razão de que o regime das incapacidades está a proteger o indivíduo, presumivelmente mais vulnerável em razão da pouca idade ou em decorrência de incapacidade psíquica.

Saliente-se que a incapacidade, nesse caso, não decorre de fator objetivo como é o requisito etário. Exige ação própria na qual será declarada. Assim, a pessoa curatelada não poderá efetivar sua DA por ausência de capacidade para esse ato.

O marco da incapacidade será a decisão judicial, que poderá reconhecer a incapacidade, indicando seus limites⁸⁷⁵. Independente, contudo, do grau de interdição, não lhe assegura, a priori, a possibilidade de manifestação antecipada de vontade com relação a cuidados de saúde.

Em sentido contrário, contudo, estão as novas disposições do Código de Saúde Pública francês que, pela alteração legislativa de fevereiro de 2016, prevê a possibilidade da realização de diretivas antecipadas pelo curatelado, mediante autorização judicial⁸⁷⁶.

Para a análise da capacidade de manifestação, deverá ser considerada a data da manifestação. Desta forma, incapacidades supervenientes decorrentes das situações de saúde não interferem na validade da declaração, até porque esse é o objetivo final das DA's. Ou seja, é ato previsto para ter eficácia exatamente em razão da incapacidade de se manifestar em situações de final de vida.

A manifestação é ato personalíssimo e, assim, somente poderá ser realizada pela própria pessoa. Tratando-se de direitos pessoais individuais, garantidos também pelos direitos fundamentais constitucionais, e reforçados pelos direitos de personalidade na esfera infraconstitucional, não há como o ato ser realizado por representante.

Pelo mesmo motivo fica vedada a realização do ato aos relativamente incapazes, mesmo que assistidos pelo representante, pois está ausente a capacidade plena de se autodeterminarem.

⁸⁷⁵ No Brasil, o art. 1772 do Código Civil prevê que o juiz estabelecerá os limites da curatela segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, podendo limitar a determinados atos, como o caso do pródigo, para o qual a lei estabelece os atos dos quais encontram-se privados (art. 1782 do CC).

A atual legislação sobre o tema, Lei 13.146 do ano de 2015, de inclusão da pessoa com deficiência, prevê igualmente o estabelecimento de limites da curatela e traz como novidade a possibilidade da pessoa poder participar na escolha do(s) curador (es). BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**... Em Portugal, é prevista a interdição e a inabilitação, que art. 138 e 152º, respectivamente. A lei que trata das DA's é expressa que ambas as situações impedem sua realização.

⁸⁷⁶ Article L. 1111-11. Modifié par LOI nº 2016-87 du 2 février 2016 – art. 8 – [...] “Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de tutelle, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, elle peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion”. (Livre tradução; “Quando uma pessoa está sujeita a uma tutela, nos termos do Capítulo II do Título XI do Livro I do Código Civil, poderá escrever suas diretivas antecipadas com a autorização do juiz ou do conselho de família, se foi formado. O tutor não pode nem assisti-lo nem representá-lo nesta ocasião”) LEGIFRANCE.GOUV.FR. **LOI nº 2016-87 du 2 février 2016**...

Salienta-se que o documento pretende justamente assegurar a autonomia pessoal, consequência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e, como tal, um ato personalíssimo.

Apenas a própria pessoa poderá emitir a declaração de vontade que deverá ser livre e clara, demonstrando compreender o sentido e o alcance das suas manifestações⁸⁷⁷.

A legislação portuguesa prevê expressamente a necessidade de a pessoa ser maior (capacidade etária) e capaz (não ser interditado ou inabilitado), acrescentando um terceiro requisito: ser capaz de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

Esses requisitos apresentam-se cumulativamente, vale dizer, são requisitos para avaliação da capacidade de uma pessoa para realizar uma DA: ser maior, não estar interditada e ser capaz de consentir livremente⁸⁷⁸.

Desta forma, a capacidade para realizar uma diretiva antecipada de vontade deve ser avaliada não só pela capacidade legal (maior e não interditada), mas agregar o discernimento que lhe permita emitir consentimento consciente e livre.

Ao referir que esse consentimento deve ser esclarecido, reporta-se a teoria do consentimento informado, a qual, por sua vez, pressupõe que sejam prestadas informações necessárias para a tomada de decisão do paciente, por parte dos profissionais da saúde que são quem detém a qualificação técnica para esse fim.

⁸⁷⁷ Nesse sentido, ao tratar sobre a capacidade para testar, Ribeiro faz referência a motivação do direito português em limitar a capacidade às pessoas maiores e capazes. A argumentação apresentada encaixa-se perfeitamente na situação das DA's. Refere o autor: "O motivo que levou à consagração desta disposição prende-se, à semelhança das restantes situações acima descritas, com a natureza do direito personalíssimo e consequente construção das competências jurídicas requeridas para a autodeterminação da pessoa. Um testamento só é validamente elaborado por uma pessoa que emita uma declaração de vontade pessoal, clara e perfeita, não podendo padecer de qualquer vício na formação e manifestação da vontade. Não podendo a elaboração do testamento ser feita por procurador ou representante voluntário, nem, perante a incapacidade do testador, ser suprida por representação legal. A impossibilidade de representação legal decorre da incapacidade de gozo motivada pela incompetência natural da pessoa para se autodeterminar, uma vez que esta impede-o de agir e consequentemente de ter a idoneidade necessária para lhe ser juridicamente reconhecida a capacidade e, por consequência, o direito de testar. Quem por causa de uma perturbação psíquica da actividade intelectual e/ou volitiva ou por causa da fraqueza, ou perturbação da consciência não seja capaz de compreender o sentido e alcance da declaração e agir conforme esta compreensão não pode testar". RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção...**, p. 112.

⁸⁷⁸ Lei nº 25/2012: Artigo 4.º Requisitos de capacidade. Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente: a) Sejam maiores de idade; b) Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica; c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido. PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 25/2012 de 16 de julho...**

Dois problemas podem ser constatados de imediato na exigência posta: primeiro que, embora prevista a possibilidade de acompanhamento médico, esse não é exigido, quando seria primordial para o consentimento esclarecido; segundo que a avaliação de discernimento e compreensão é muito subjetiva e não há previsão de que será feita.

A legislação portuguesa possibilita a assinatura perante um funcionário habilitado do RENTEV ou de um notário, caso em que o encaminhamento para registro poderá ser feito pelo correio. Mesmo perante o funcionário habilitado, não há previsão de entrevista ou outra forma de verificar o discernimento do manifestante. O notário, por sua vez, não terá condições de avaliar as hipóteses médicas e a compreensão do manifestante com os riscos daí advindos.

Ainda que o requisito indique cautela legislativa, deve ser considerada a dificuldade de sua avaliação. Assim, assegurada a liberdade de manifestação e não comprovado nenhum ato de coação ou vício de vontade externo, deverá ser considerada que a manifestação foi consciente e esclarecida. Nesse sentido, aliás, encaminham-se as orientações fornecidas pelos Serviços Partilhados do Ministério da Saúde de Portugal, dando ciência de que serão recebidas todas as manifestações apresentadas por pessoas maiores e que não se encontrem interditas⁸⁷⁹.

Disso se conclui que o consentimento livre e esclarecido não é requisito da capacidade, mas do próprio consentimento, isto é, da declaração de vontade que deverá ser isenta de vícios, elemento essencial primário do qual se tratou no item 4.2 dessa tese.

4.3.4.2 *Forma*

De acordo com o que se falou no item 4.2, o negócio jurídico é composto por um texto que, para Almeida, assim como o enunciado, é um conceito semiótico, e como tal está situado em um plano ideal, sem se importar com qualquer materialização. O documento, ao contrário, *“é o objeto, suporte físico que reproduz ou representa, por si ou pelos sinais que nele se inserem, pessoas, coisas ou factos”*⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ FAQ: “Pode ser recusada a recepção da documentação caso o Funcionário RENTEV considere que o cidadão/utente não se encontra no pleno gozo das suas capacidades mentais? Não. Todos os cidadãos são livres de utilizar as suas capacidades como entenderem e só o Tribunal pode aferir e decretar a incapacidade, quer por interdição, quer por inabilitação e até por incapacidade temporária.” SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSepe). **RENTEV**: Registo Nacional de Testamento Vital....

⁸⁸⁰ *Cfr.* ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 318.

Disso resulta que todo documento contém um texto, o que acaba por conferir unidade ao negócio jurídico. Desta forma, pode-se dizer que o documento é o suporte material do texto, tanto da declaração negocial como do negócio jurídico, observando a distinção da qual já se falou.

A reprodução do texto de um negócio jurídico em um documento permite que ele seja utilizado como meio de prova, de publicidade registral, ou como instrumento para a resolução de litígios que venham a ser suscitados⁸⁸¹.

A forma, por sua vez, é o meio utilizado para exteriorizar a vontade. Pode ser escrita, oral, por mímica ou mesmo pela consideração do silêncio. Todo negócio jurídico tem uma forma, que poderá ser exigida pela lei ou livre.

As exigências de determinadas formas são para assegurar a prova, a autenticidade do documento, a identificação, entre outros escopos que possam ser elencados⁸⁸².

Em alguns casos excepcionais, a forma pode assumir papel tão relevante que a sua inobservância seria caso de inexistência do ato. Em regra, porém, a observância da forma é requisito que será analisado no plano da validade⁸⁸³. Certo é que a forma é um dos elementos essenciais para a constituição do negócio jurídico.

Com relação à forma, a legislação portuguesa que trata especificamente das diretivas faz poucas exigências, estabelecendo apenas, no art. 3º da lei, a necessidade do documento ser escrito e dele constar itens que permitam identificar o manifestante, o momento da manifestação e o conteúdo claro. A exigência maior diz com o fato de que deve ser firmado presencialmente, abrindo a possibilidade de ser diante de funcionário habilitado, da área da saúde ou do notário⁸⁸⁴.

No sistema brasileiro, no qual a regulamentação é feita apenas por resolução do Conselho Federal de Medicina, é prevista a possibilidade de o paciente comunicar ao médico seus desejos de fim de vida, que deverão constar do prontuário médico de

⁸⁸¹ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 321.

⁸⁸² Cordeiro apresenta uma série de razões que justificam o estabelecimento da forma para os negócios jurídicos, visando demonstrar que essas razões são bem mais amplas do que o tradicionalmente considerado. *Nesse sentido ver:* CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., pp. 174-175.

⁸⁸³ Cfr. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 260.

⁸⁸⁴ Lei nº 25/2012. Artigo 3.º Forma do documento 1 — As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste: [...] PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 25/2012 de 16 de julho...**

atendimento⁸⁸⁵. Ressalto que a referida resolução tem o mérito de incluir o tema no debate médico e social, mas apresenta visíveis problemas. No que diz respeito à forma do documento, a sistemática prevista é falha, tanto nas questões de elaboração, quanto ao acesso a essas informações quando necessárias. Contudo, deixa evidente que não há exigência de nenhuma forma exigida para comunicações de decisões de cuidados de saúde e fim de vida.

Ascensão esclarece a diferença entre forma e formalidade. Aquela diz respeito à estrutura do negócio, estas são exteriores⁸⁸⁶. Todo o negócio jurídico deverá ter uma forma, pois é a maneira como o ato se exterioriza.

Estabelecida a forma escrita, pode-se identificar como um ato solene, ainda que dispensadas maiores exigências para lhe conferir validade⁸⁸⁷.

Pela lei portuguesa, pois, trata-se de um ato solene, mas sem maiores formalidades.

A exigência da forma escrita está de acordo com o desenvolvimento desses documentos. Salienta-se que foi em decorrência da necessidade de provas da manifestação presumida da pessoa, colhidas em ações judiciais, que surgiram as

⁸⁸⁵ Resolução 1995/12: ... § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.995/2012...**

⁸⁸⁶ Refere o autor: “Enquanto a forma pertence à estrutura do negócio, porque é a maneira como ele se revela, as formalidades são-lhe exteriores. Representam preliminares deste, ou também requisitos que se devem preencher posteriormente para a plena obtenção dos efeitos do negócio. Mas pode haver também formalidade coevas da própria celebração: as formalidades da escritura pública, por exemplo. A distinção é clara quando a lei estabelece um processo – série ordenada de atos necessários para obtenção do efeito jurídico. O concurso administrativo, por exemplo, pressupõe todo um conjunto de atos como a prévia inscrição, as publicações, a abertura das propostas, que surgem como formalidades em relação ao contrato final. [...] As formalidades podem também ser posteriores à celebração. Assim, no nosso Direito, em que o registro não é normalmente constitutivo, a inscrição no registro pode ser considerada uma formalidade do ato, destinada a assegurar a produção plena dos seus efeitos. [...] Alguns autores dão de formalidade uma noção ampla, de modo a englobar a forma e estes aspectos acessórios. Na aceção que preferimos, porém, contrapõe-se forma e formalidade. Quando se fala em formalidade têm-se sempre em vista fatos complementares, embora sejam encarados predominantemente como não constitutivos do ato”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral 2: ações e fatos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 53-54.

⁸⁸⁷ A classificação não é pacífica. Leciona Mello: “Há quem entenda, porém, que essa classificação, referindo-se apenas, a negócios jurídicos solenes e não solenes, seria insuficiente, porque não expressaria as espécies possíveis. Haveria negócios que teriam forma escrita obrigatória, mas que, por não exigirem a presença da autoridade, não poderiam ser tidos como solenes. [...] Para esses, haveria negócios jurídicos não formais, formais e solenes. A objeção, segundo entendemos, não é pertinente porque não há, na verdade negócio não formal. Todos como mencionamos antes, têm forma, apenas, umas são solenes outras simples. O negócio verbal tem sua forma; só não exige solenidade. Além disso, não nos parece correto somente considerar solene o ato praticado com a presença da autoridade. Solene, no nosso entender, é qualquer ato que requeira alguma solenidade especial, nem que seja a assinatura de um escrito particular”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, pp. 260-261.

diretivas. Assim, documentar de forma escrita serve como comprovação do ato e apresenta-se como a maneira de se exteriorizar essas manifestações de vontade.

Na sistemática atual, não restam dúvidas de que é a forma mais segura de declaração, sem prejuízo de que se passe a cogitar de outras formas, *v.g.*, virtuais, desde que tomadas as devidas cautelas, em observância a importância dos bens que serão objetos dessas disposições e a segurança que deve ser conferida ao instrumento. Ainda assim, contudo, haverá o documento que materializa essa declaração.

Nesse ponto, cabe ressaltar que os formulários colocados à disposição em muitos países visam apenas facilitar as manifestações e incentivar a reflexão sobre as possíveis situações e tratamentos que possam ser demandados. Mas é importante que não sejam impostas formas estanques, permitindo outras maneiras de manifestações.

Escritos particulares, desde que assegurados que tenham partido da própria pessoa, devem ser considerados como manifestação de cuidados de saúde. A forma, portanto, não pode conter requisitos que dificultem a manifestação.

Ressalta-se, contudo, que o cuidado da lei portuguesa em exigir para fins de registro no sistema que o documento seja firmado frente a um funcionário do RENTEV, ou perante um notário, é exigência proporcional à importância das manifestações que se está a tratar, direcionado a certificar a autoria. O funcionário do RENTEV atua na qualidade de agente público e assim, tal qual o notário, permite conferir segurança quanto à autoria do documento.

A possibilidade de manifestações online, que serão debatidas na sequência, quando aceita, deverá prever uma forma de se assegurar a referida autoria e a integridade do conteúdo. Uma simples senha de acesso, portanto, não é o suficiente para essa segurança.

a) Os instrumentos escritos

Embora sem exigências de maiores formalidades, segue-se a linha da necessidade de que essas manifestações devem ser feitas por escrito.

A necessidade de elaboração do documento escrito, mesmo que por simples preenchimento de itens que se apresentem, exige da pessoa um mínimo de reflexão sobre o tema, de forma que confere uma maior certeza da vontade manifestada.

Outrossim, a exigência de documento escrito permite a sua materialização e sua apresentação, inclusive como meio de prova se assim for necessário.

Ao materializar o texto pela via escrita, deve-se ter em conta que permite também reproduzir a transmissão da vontade, o mais fidedigna possível, e assim permitirá que produza os efeitos pretendidos.

A forma escrita compreende escritos e reproduções mecânicas, ou digitais, assim compreendido o documento digitado e impresso, materialmente apresentado em papel.

Esse documento poderá ser particular ou oficial, caso opte por realizar perante o registrador, pela via da escritura pública. Descabe, porém, exigências nesse sentido. Considerando a inexistência de regulamentação segura e a ausência de conhecimento e debate sobre o tema, doutrinadores tem feito referência⁸⁸⁸ e muitas pessoas têm recorrido à realização de diretivas por essa via. A intenção, naturalmente, é conferir efeitos jurídicos ao documento. Contudo, o notário não tem o conhecimento necessário para assegurar que o conteúdo esteja dentro de padrões científicos passíveis de serem aplicados e a formalidade por si só não é garantidora de que o documento atingirá sua finalidade.

De toda sorte, ao se defender o estabelecimento de menos formalidades, não se afasta a aceitação de documentos realizados perante a autoridade, como são as escrituras públicas. Assim, documentos redigidos perante notários devem ser aceitos, na lógica de que se pode o menos, poderá naturalmente o mais⁸⁸⁹. Necessário, contudo, ter

⁸⁸⁸ Cfr. DADALTO, Luciana. Aspectos..., pp. 60-69.

⁸⁸⁹ Ascensão destaca: "Independente de imposição legal, os negócios podem revestir solenidade por iniciativa das partes. [...] A forma chama-se voluntária quando o autor voluntariamente usa uma forma mais solene do que aquela a que está obrigado. Um contrato meramente verbal pode ser celebrado por escrito. Uma procuração particular pode ser substituída por uma procuração pública. Há nesses casos um excesso de forma. O excesso de forma não é vício. Se qualquer forma serve, serve também a forma mais solene. O notário não poderá, por exemplo, recusar a celebração duma escritura pública, alegando que a lei a não exige. Se as partes se sentem mais seguras com a forma mais solene, têm o direito de a ela recorrer". ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral 2..., p. 54.

presente que esse procedimento tem o condão de assegurar a autoria e a integridade da manifestação, mas não da validade do objeto e conteúdo das disposições.

A autenticidade confere-se pela assinatura, passível de ser periciada, e a veracidade, em regra, pela inexistência de rasuras, cancelamentos, ou inserções no documento. Itens, pois, que deverão ser observados no documento.

Nesse sentido, cabe referir, a título de exemplo, a lei alemã que prevê exatamente a necessidade de assinatura de próprio punho do declarante, quando a forma prevista para o negócio jurídico for a escrita ⁸⁹⁰.

b) As manifestações orais e sua prova

Considerando a dinâmica da vida e as constantes alterações impostas, quer pela velocidade com a qual os avanços científicos têm se instalado, quer porque o enfrentamento de situações de fim de vida pode levar a alteração na forma de pensar da pessoa, é de ser acatada a possibilidade de que manifestações orais sejam recebidas e consideradas.

As manifestações em questão são comunicações verbais realizadas após reflexão sobre o tema. Precisam ser claras e conscientes. Para tanto, não é qualquer manifestação expressa em conversas de troca de ideias, nem podem ser consideradas decisões impulsivas.

A resolução que trata do tema no Brasil, de certa forma, pressupõe a consideração da manifestação verbal, ainda que preveja forma de ser consubstanciada mediante aporte no prontuário. Nesse sentido, prevê que as diretivas comunicadas pelo paciente ao médico devem ser consignadas por esse no prontuário.

⁸⁹⁰ Nesse sentido, art. 126 do BCG- Section 126 - Written form - (1) If written form is prescribed by statute, the document must be signed by the issuer with his name in his own hand, or by his notariially certified initials. (2) In the case of a contract, the signature of the parties must be made on the same document. If more than one counterpart of the contract is drawn up, it suffices if each party signs the document intended for the other party. (3) Written form may be replaced by electronic form, unless the statute leads to a different conclusion. (4) Notarial recording replaces the written form. (Livre tradução: Seção 126 - Forma escrita - (1) Se a forma escrita é prescrita por lei, o documento deve ser assinado pelo emitente com o seu nome em sua própria mão, ou por suas iniciais notarialmente certificadas. (2) No caso de um contrato, a assinatura das partes deve ser feita no mesmo documento. Se for elaborada mais do que uma via do contrato, basta que cada parte assine o documento destinado à outra parte. (3) A forma escrita pode ser substituída por formulário eletrônico, a menos que o estatuto leve a uma conclusão diferente. (4) O registro notarial substitui a forma escrita). BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German...**

Pressupõem, portanto, que comunicações verbais do paciente sejam anotadas, a partir do que passam a integrar o prontuário médico de acesso a todos os profissionais que atenderem aquele mesmo paciente.

A sistemática brasileira é falha na medida em que o prontuário fica restrito à instituição de saúde na qual o paciente recebe o tratamento, assim como pelo fato de que a consignação em prontuário depende do ato de terceiro que a consigne (médico ou profissional da saúde), podendo ou não ser fidedigna com o que foi referido.

Essa previsão, no entanto, indica que a manifestação prévia de vontade deve ser considerada, independente de formalidades, abrindo espaço para o acolhimento de manifestações verbais.

A manifestação oral, contudo, tem o grande inconveniente de exigir declaração de interposta pessoa para a confirmação do que foi referido. Nesses termos, a insegurança que gera quanto ao conteúdo é muito grande, podendo conduzir a necessidade de comprovação judicial. Nesse sentido, considerando a importância dos bens envolvidos, pois ao exigir ou recusar um determinado tratamento a pessoa está dispondo sobre seu corpo e sua vida, reitera-se que a forma escrita é a recomendada.

c) As manifestações virtuais

A rápida alteração das situações de vida no mundo real tem a contribuição do acelerado mundo virtual. A tecnologia na área da informática facilitou a comunicação, permitiu contato em tempo real das pessoas ao redor do mundo e possibilitou transmissão de informações de maneira imediata.

Para Rover, é a velocidade de transporte e de informações que determina a evolução da sociedade⁸⁹¹. Com efeito, a tecnologia da informação mudou o paradigma e a cada dia ganha maior relevância no convívio social. A comunicação por carta ficou definitivamente ultrapassada com a utilização do correio eletrônico, que, por sua vez, já está perdendo espaço para a comunicação nas redes sociais e em grupos de aplicativos que se mostraram ainda mais rápidos e acessíveis.

⁸⁹¹ Cfr. ROVER, Aires José. Do analógico ao digital: construindo tecnologias emancipadoras. In: BLUM, Opice et al. (Coord). **Manual de direito eletrônico e internet**. São Paulo: Lex Editora, 2006, pp. 11-26. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/artigo-do-anal%C3%B3gico-ao-digital-construindo-tecnologias-emancipadoras>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

Como tudo que é novo e, portanto, não está na esfera de conhecimento e de domínio, a utilização desses meios de comunicação e comprovação gera resistência.

Com o tempo, porém, é perceptível a mudança de comportamento, com a assimilação de negócios jurídicos, em especial atos de natureza contratual, realizados pela troca de mensagens virtuais, por exemplo. Assim, o foco de preocupação transfere-se da utilização, agora inevitável, para a segurança desses meios.

O direito deve incorporar a novidade, ao invés de tentar evitá-la. Recomendáveis, pois, a sua recepção e disciplina legal como formas de garantir a segurança e lisura dos negócios realizados por esses meios.

Toda forma de comprovação de um fato é considerada como um documento. Documentos escritos, por se consubstanciarem em uma evidência física, são a referência de prova e, assim, considerados os mais seguros. Possuem, contudo, a limitação de que a informação que contém só vai até onde o documento chegar⁸⁹².

Também as manifestações por meios virtuais atendem a qualificação de «documentos», assim considerado o suporte da declaração de vontade, do qual se extraem os fatos.

Considera-se como manifestação digital qualquer representação da realidade que se apresente de forma textual, com o que se assemelha ao documento escrito, gráfica ou sonora.

Dependerá de algum recurso eletrônico, como um computador, para acesso e conhecimento da declaração. Tal circunstância não é impedimento, pois, mesmo de um telefone celular, hoje conhecido como telefone inteligente (smartphones), é possível o acesso.

Apesar das resistências que enfrenta, é necessário reconhecer que o documento virtual pode ter maior segurança e durabilidade do que o documento escrito que, se destruído, deixará de existir.

Blum e Jimene referem que o documento eletrônico é armazenado em suporte digital, como disquetes, *pendrives*, DVDs, memória do computador ou outra nova

⁸⁹² Rover, analisando a transposição do mundo analógico para o digital, refere: “No mundo analógico qualquer informação é transportada por coisas, seja em termos de representação como o papel ou outra forma física de transporte, seja em termos de processo como organismos intermediários (vendedor, advogado) e ela só chega aonde esse veículo que a transporta chega”. ROVER, Aires José. Do analógico..., pp. 11-26.

tecnologia que seja desenvolvida. Por suas peculiaridades, esse armazenamento é feito em *bits*⁸⁹³.

Tem-se hoje à disposição as chamadas «nuvens», que permitem esse armazenamento não mais em um dispositivo eletrônico físico, mas em um espaço que estará à disposição de qualquer local que se acesse.

Desta forma, o documento virtual deve ser considerado como prova do negócio, quando atender requisitos de autenticidade e integridade, possibilitando que seja atribuída validade aos negócios realizados dessa forma. Vale dizer, a fim de ser considerado como válido, deverá ter garantias de quem é o seu autor e da imutabilidade de seu conteúdo.

A autenticidade diz respeito à certeza de quem é o seu autor, enquanto que a integridade dirige-se ao conteúdo e às informações inseridas no documento, que permitam garantir que não foram modificadas após sua concepção.

Para fins dessas garantias, atualmente, a mesma assinatura possível no documento escrito é transferida para o documento digital. A assinatura digital é uma realidade e confere as garantias necessárias.

A assinatura acompanha o documento, sendo possível seu rastreamento. A assinatura digital *“tem função de lacrar o conteúdo do documento, fazendo com que este permaneça íntegro, ou se for minimamente alterado, que isso possa ser constatado; também garante a autenticidade e a tempestividade”*⁸⁹⁴. Essa assinatura, pois, confirma tanto a origem como a integridade do documento, que uma vez assinado não é mais passível de ser alterado.

Além dessa possibilidade de se buscar a origem e alterações do documento, essas assinaturas/certificações digitais permitem a assinatura individual de cada pessoa. Blum e Jimene esclarecem que a autenticação mais confiável é a criptografia assimétrica, que utiliza uma senha privada para encriptar o documento original e uma senha distinta

⁸⁹³ Cabe consignar que o *bit* é a unidade mínima de memória.

Ver em: BLUM, Renato Opice; JIMENE, Camilla do Vale. **O valor probatório do documento eletrônico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6313>. Acesso em: 07 dez.2015.

Rover explica o sistema de processamento: “Em um sistema digital o processamento dos sinais discretos, normalmente, é feito binariamente. A unidade de informação é o bit e os sinais podem assumir apenas dois valores discretos, 0 e 1. Em outros termos, o tratamento digital da informação implica numa fragmentação da informação, processada em elementos binários na forma presente/ausente”. ROVER, Aires José. Do analógico..., pp.11-26.

⁸⁹⁴ Cfr. GANDINI, João A. Donizeti; SALOMÃO, Diana P. da Silva; JACOB, Cristiane. **A validade jurídica dos documentos digitais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4411&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 07 dez. 2015.

para descriptar o mesmo resumo, que após decifrado é comparado ao documento original⁸⁹⁵.

A assinatura digital é acrescentada à mensagem eletrônica, elevando a segurança do documento, mas mantendo intacta a mensagem, ou seja, não é a mensagem que é encriptada. Permite, assim, a leitura por quem tiver acesso, mas não a alteração do documento⁸⁹⁶.

Como se pode verificar, pois, o nível de segurança dos documentos virtuais, seja textual, gráfico ou sonoro, é bastante elevado. Permite verificar tanto a autenticidade como a integralidade do texto, de forma a conferir validade a esses documentos.

Desta forma, deve se prever a possibilidade de diretivas virtuais, que atendam a esses requisitos de segurança, como forma de facilitar sua utilização e mesmo a acessibilidade do documento quando necessário.

Salienta-se que, no sistema português, há a exigência do documento escrito, mas este é digitalizado para permanecer no sistema interligado, o qual permite o acesso por meio de senhas com diferentes níveis, dependendo da qualificação de quem a acessa.

Com isso, constata-se que já há contemplação dos meios virtuais de acesso, de forma que também se deve pensar na utilização dos meios virtuais de realização do ato, como forma de facilitar ao usuário a execução do documento.

A legislação portuguesa já contempla documentos eletrônicos, para os quais exige a respectiva assinatura eletrônica. O Decreto-Lei nº 290-D/99, com suas posteriores alterações, tem por objetivo regular a validade, eficácia e o valor probatório dos documentos eletrônicos e da assinatura digital⁸⁹⁷.

Também a legislação alemã dispõe no seu Código Civil com relação aos documentos eletrônicos⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ Cfr. BLUM, Renato Opice; JIMENE, Camilla do Vale. **O valor...**

⁸⁹⁶ Nesse sentido ver: GANDINI, João A. Donizeti; SALOMÃO, Diana P. da Silva; JACOB, Cristiane. **A validade...**

⁸⁹⁷ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 290-D/99, de 2 de agosto. Aprova o regime jurídico dos documentos eletrônicos e da assinatura digital. Publicado no D.R. nº 178 (Série I-A), de 2 de Agosto de 1999. Alterado e republicado pelo Decreto-Lei nº 88/2009, de 9 de abril. Disponível em:

<<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=957061#WHLeto6ofVI>>. Acesso em 26 dez. 2016.

⁸⁹⁸ Section 126^a - Electronic form - (1) If electronic form is to replace the written form prescribed by statute, the issuer of the declaration must add his name to it and provide the electronic document with a qualified electronic signature in accordance with the Electronic Signature Act [Signaturgesetz]. (2) In the case of a contract, the parties must each provide a counterpart with an electronic signature as described in subsection. (Livre tradução: Secção 126^a - Formulário eletrônico - (1) Se o formulário eletrônico substituir a forma escrita prescrita pela lei, o emissor da declaração deve adicionar seu nome a ele e fornecer ao documento eletrônico uma assinatura eletrônica qualificada de acordo com a Lei de Assinatura Eletrônica [Signaturgesetz]. (2) No caso de um contrato, as partes devem fornecer uma contraparte com uma

Outro elemento importante da comunicação atual são as redes sociais, cujo conteúdo, de igual forma, permanece armazenado. O acesso ao conteúdo das postagens é liberado pelos próprios usuários, que podem estabelecer limites ou não.

Alves, ao relatar a utilização das redes sociais para publicização das manifestações de cuidados de saúde, na Itália, ressalta a necessidade de se ficar atento a essas novas modalidades⁸⁹⁹.

Manifestações realizadas dessa forma, embora possam ser um bom indicativo caso seja necessária a realização de prova da vontade do paciente, não tem os requisitos mínimos exigidos para um negócio jurídico do porte das diretivas antecipadas, quer quanto a garantia de sua autenticidade e integridade, quer quanto a sua forma e sua publicização. Desta forma, não podem ser considerados como equivalentes às declarações de vontade tendentes a produzir efeitos.

4.3.4.3 *Objeto*

Por fim, tem-se o objeto como um dos elementos essenciais para a constituição do negócio jurídico.

Azevedo refere que o objeto de um negócio jurídico é todo o seu conteúdo, ou seja, todas disposições que constarem do negócio jurídico⁹⁰⁰.

O objeto de um negócio jurídico é o bem ou interesse sobre o qual se pretende que recaiam os efeitos.

assinatura eletrônica, conforme descrito na subseção). BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German...**

⁸⁹⁹ Relata a autora: “Na Itália, país que não possui legislação específica sobre as diretivas antecipadas de vontade, uma iniciativa que começou nas redes sociais suscitou amplo debate social e político sobre o tema. Uma associação italiana criou um aplicativo na rede social Facebook para publicizar o chamado «testamento biológico», indicado, nesse caso, com o nome “The Last Wish” (o último desejo). Por meio desse aplicativo, o usuário da rede pode indicar dois «executores testamentários», que irão ativar, no caso de morte desse usuário, a publicação de mensagem previamente escolhida por ele para ser publicada no seu perfil. O serviço permite, ainda, enviar mensagens privadas aos amigos do Facebook, bem como um último adeus aos familiares, e o testamento biológico poderá ser visualizado por todos os membros da rede. Os idealizadores do serviço entendem que a rede social pode ser um meio de publicizar e, assim, respeitar a escolha da pessoa quanto ao tratamento médico que quer receber no seu final de vida. Essa escolha deve ser realizada em estado de consciência. A iniciativa levanta, ainda, duas questões: a criação da chamada “identidade digital *pós morte*” na internet e, também, traz o alerta para casos de preenchimento de formulários que não tragam os dados corretos do usuário, o que pode espalhar notícias falsas sobre a morte de determinada pessoa. Percebe-se, nesse sentido, uma delicada interface entre as esferas pública e privada no tratamento de dados pessoais e decisoriais, e a rápida inovação das práticas virtuais, que nos instiga a refletir sobre a validade desse tipo de publicização de vontade”. ALVES, Cristiane Avancini. **Bioética...**, pp. 104-105.

⁹⁰⁰ *Cfr.* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 32.

Betti prefere falar em interesses, pois, segundo ele, mesmo os bens são valorados sempre em referência aos sujeitos e a sua necessidade. Assim, o objeto do negócio jurídico é o interesse que, de acordo com a ordem social, pode ser regulado pela ação dos interessados⁹⁰¹.

Diante da previsão legal nos vários ordenamentos jurídicos e de inexistência de restrições a decisões sobre cuidados de saúde e fim de vida, manifestações que se dirigem a esse objetivo terão validade.

As diretivas antecipadas têm por objetivo, pois, as manifestações quanto aos cuidados de saúde que a pessoa pretende que sejam aplicados em momento no qual não puder mais se manifestar. Esses atos, portanto, pressupõem um espaço no qual a pessoa poderá deixar expreso, de forma antecipada, as decisões que tomaria, em determinadas circunstâncias, caso pudesse se manifestar.

O objeto deve ser possível e lícito. Objeto lícito é o conforme a lei, não contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral.

Como refere Cordeiro: *“a licitude é o requisito dos negócios jurídicos que consiste na não-ultrapassagem dos limites injuntivos do ordenamento”*⁹⁰².

À liceidade do objeto devemos acrescentar o conceito de possibilidade, tanto no campo físico como no jurídico. É possível, pois, tudo que estiver dentro das forças da natureza e humanas. Deve-se observar que *“a impossibilidade para o presente não significa sempre impossibilidade para o futuro”*⁹⁰³.

Destaca-se a referência, pois, importante no objeto das DA's, que diz respeito aos tratamentos de saúde. A evolução que se tem observado deixa antever que a ciência tende a progredir de forma rápida e eficaz, mas com limites físicos nem sempre possíveis de serem transpostos. Assim, as indicações de tratamentos de saúde que se pretenda determinar presumem-se estar de acordo com a evolução científica do momento em que as disposições produzirem seus efeitos. Contudo, como as diretrizes apontadas são diferidas no tempo, para atendimento quando a condição (evento futuro e

⁹⁰¹ Nas palavras do autor: “Fala-se de “interesses”, em vez de “bens”, porque também estes, na consideração de consciência social, que o direito faz sua, são valorados sempre em referência aos sujeitos, e tendo em atenção a sua específica aptidão para satisfazer necessidades da vida de relação”. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1..., pp. 118-119.

⁹⁰² O autor esclarece: “A autonomia privada, expressa nos diversos negócios jurídicos, não é ilimitada. O Direito, através de normas e de princípios, norteia as condutas humanas, de acordo com um sistema que aspira a uma harmonia científica, segundo valores histórica e culturalmente elaborados. O espaço dado, aos particulares, pelo Direito privado, é extenso. Mas tem margens”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 567.

⁹⁰³ *Cfr.* VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. p. 412.

incerto) se apresente, a análise da possibilidade será verificada nesse momento. Assim, por circunstâncias específicas das diretivas, uma determinada indicação feita no momento da realização da diretiva, mesmo que ainda impossível de se concretizar, pode se apresentar possível no momento de sua aplicação.

Dito isso, deve-se reconhecer, *a priori*, que os objetos das diretivas antecipadas - manifestações quanto aos cuidados de saúde - são lícitos e possíveis na sua generalidade.

Cabe referir que a teoria do consentimento informado surgida em respeito à autonomia da pessoa já pressupõe a declaração de vontade quanto aos tratamentos que o indivíduo pretende ou não se submeter. Exige que sejam prestadas as informações necessárias à tomada de decisão que deverá partir da própria pessoa que se sujeitará ao ato. Reconhece, pois, a necessidade do consentimento para ser realizado qualquer tratamento que diga respeito à vida e à saúde, de forma que, se não houver o consentimento, não poderá ser realizado. As DA's tem o mesmo objeto, apenas que manifestados de forma prévia, para produzirem seus efeitos em momento que a pessoa não possa se manifestar.

Salienta-se que o conteúdo dessas disposições deverá configurar e orientar esse objeto, segundo a destinação que se pretenda ao realizar o ato. Não é demais reiterar que os efeitos jurídicos atribuídos serão estabelecidos pela ordem jurídica, conforme será tratado na sequência.

A declaração de diretivas antecipadas possui, assim, objeto lícito por dispor sobre os cuidados pretendidos pelo declarante ao tempo do fim da vida; já as diretrizes serão válidas ou nulas, eficazes ou ineficazes, se estiverem de acordo ou desacordo com os princípios jurídico-sociais e, em se tratando de questões de saúde, os consensos éticos da literatura médica.

Também o conteúdo das disposições contidas na declaração deve, pois, adequar-se à legislação do Estado. Cláusulas contrárias à lei, ou que não estejam suficientemente claras na sua redação, não produzirão efeitos, ainda que não tenham o condão de invalidar ou tornar ineficaz todo o ato.

A exemplo da doutrina que trata dos testamentos, deve-se buscar preservar o máximo possível a vontade do testador, aqui declarante, de forma que a invalidade e/ou ineficácia de uma disposição não atingirá o negócio como um todo, senão que apenas a parte inválida ou ilegal.

Pode-se, pois, dizer que a declaração de vontade de cuidados de saúde é o objeto desse ato jurídico. As cláusulas estabelecidas constituem o conteúdo que será analisado na sequência.

4.4 Os consensos possíveis em matéria de cuidados de saúde que direcionarão o conteúdo das diretivas

As diretivas antecipadas são um instrumento para a manifestação pessoal do indivíduo, com relação aos cuidados de saúde. Tem por objetivo básico a indicação dos tratamentos que a pessoa pretende se submeter, recusar ou mesmo suspender.

As cláusulas estabelecidas deverão observar os limites impostos pelas respectivas legislações do local onde tenham sido realizados, de forma a atender a licitude também dessas disposições, para que produzam os efeitos pretendidos.

Em se tratando de disposição de bens e posições de direitos fundamentais e de personalidade, como já se analisou no capítulo terceiro dessa tese, as situações que se apresentam exigem cautela. Direitos *a priori* irrenunciáveis exigem que estejam em confronto com outros direitos de igual ou, no caso concreto, maior relevância, de forma a permitir a renúncia.

Situações concretas conduziram a constatação de que, por vezes, a tentativa de manutenção da vida é mais danosa à pessoa do que o contrário. Decisões de fim de vida que permitem a recusa ou suspensão de tratamentos fúteis foram se tornando aceitas e, assim, consideradas éticas.

Outras práticas permanecem controversas e objetos de insistentes debates no meio médico e social. É o caso da eutanásia e do suicídio assistido, que pressupõem a antecipação da morte de forma intencional.

Os argumentos contrários, de que se tratou no capítulo segundo desta tese, centram-se na defesa da vida, mas tem como forte argumento o receio de que abrir brechas para sua autorização possa levar à utilização indevida, fora de circunstâncias aceitáveis. Deve-se deixar bem claro que o tratamento da eutanásia e do suicídio medicamente assistido pressupõe a voluntariedade, ou seja, a adesão do paciente e a comprovação de situações de fim de vida. Porém, reconhece-se que não é uma prática

aceita no meio social e com maior resistência no campo médico profissional⁹⁰⁴, a quem seria confiada, em princípio, a sua prática.

A resistência do meio médico diz especialmente com a quebra de sua obrigação profissional e moral de fazer o bem do paciente e não lhe causar o mal. A contrariedade a essa prática é evidente, tanto que são poucos os países ou estados-membros que a aceitam. Em razão desses temas terem voltado para as pautas de discussão, bem como com alguns movimentos e adesões a essas práticas ocorridas nos últimos tempos, é possível que, com o passar do tempo, venham a ser reconhecidas e aceitas no âmbito social.

De toda sorte, disposições que em suas cláusulas constem pedidos de antecipação da morte não terão eficácia nos países que não reconhecem a eutanásia e/ou suicídio assistido. Quanto mais que, como adiante se verá, embora negócio unilateral, e como tal com potencial de produzir efeitos, uma vez firmado pelo declarante, não tem como impor a terceiros a execução de uma ordem ilegal⁹⁰⁵.

Desta forma, a solicitação para abreviação do sofrimento pela prática da eutanásia não terá validade nos países nos quais a eutanásia não é permitida e, por consequência, o médico não terá nenhuma obrigação de cumprir tal diretiva⁹⁰⁶. O não

⁹⁰⁴ Pesquisa realizada junto a anestesiológicos da Sociedade de Anestesiologia do Estado da Paraíba (SAEPB) demonstra a contrariedade com a prática da eutanásia. Nesse sentido: “Sobre a eutanásia, os anestesiológicos do estudo posicionaram-se da seguinte maneira: 46 discordam, 27 concordam e 22 não responderam ou não sabem”. SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos et al. Avaliação do conhecimento dos anestesiológicos sobre cuidados paliativos. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 2, p. 377, 2014. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/837/1053>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁹⁰⁵ Brito e Rijo contextualizam a prática no âmbito da legislação portuguesa, na qual há previsão de pena menor para o homicídio a pedido da vítima. Entendem, contudo, que a diretiva não preencheria os requisitos impostos por lei, como forma de incidir o disposto no art. 134 do CP. Destacam: “Num sistema jurídico como o nosso, em que a lei penal é de ordem pública, em que a pena se impõe em nome de toda a sociedade e por acusação do Ministério Público, seu representante, não é possível derrogar por convenções particulares, as leis de ordem pública. E este princípio vê redobrada a sua força quando se refere ao homicídio solicitado, incluindo quando o que pede que o matem o faz para se libertar dos tormentos de uma doença incurável e dolorosa. É neste sentido, que a licença para matar não é admitida no Direito português. O facto de se ter elaborado um qualquer documento manifestando uma tal vontade, não leva no direito português, a uma diminuição da responsabilidade do homicida, como a prevista no art. 134º (homicídio a pedido da vítima), porquanto só em caso dificilmente configurável é de imaginar que o pedido da vítima se traduza num pedido «instante» e ao mesmo tempo gizado em documento anterior ao evento que se previu como devendo determinar a morte (ainda que a solicitação «expressa» se possa qualificar como consciente e livre). Porém, na apreciação penal da conduta do arguido, se tiver sido elaborado um documento deste género pelo doente, o mesmo deve, ainda assim, ser tomado em conta pelo juiz face ao disposto nos arts. 31º, 38º 72º e 74º do Código Penal”. BRITO António José dos Santos Lopes; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. **Estudo...**, p. 122.

⁹⁰⁶Cfr. SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento...**, p. 51.

cumprimento da determinação ilegal, portanto, não gerará responsabilidade aos familiares ou profissionais da saúde que não observarem a determinação.

Por outro lado, nos países/estados membros em que a eutanásia ou o suicídio assistido são aceitos, a cláusula que solicite essas práticas deverá ser analisada de acordo com a legislação local⁹⁰⁷.

Conforme já referido no item 2.3.1, Holanda e Bélgica possuem leis que autorizam essas práticas, estabelecendo os requisitos para sua solicitação e aplicação.

A lei belga prevê que, sendo o paciente competente, o pedido deve ser atual, sempre por escrito, datado e assinado. Mas prevê a possibilidade de ser formulado antecipadamente. Como referem Adams e Nys, ao tratar do pedido apresentado em diretiva antecipada, as exigências relativas ao pedido atual não mais se aplicam, considerando que a diretiva pode ser feita a qualquer tempo, na presença de duas testemunhas⁹⁰⁸. Em relação ao estado de saúde do paciente, é necessário que o estado de inconsciência seja irreversível, de acordo com o estado atual da ciência. Por outro lado, não se exige para fins de cumprimento de diretiva o sofrimento insuportável, o que seria impossível de verificar no caso de pacientes inconscientes⁹⁰⁹.

A lei holandesa, por sua vez, estabelece que se o paciente não for capaz de exprimir sua vontade, mas antes de chegar a essa condição foi considerado dotado de compreensão razoável de seus interesses, e fez a solicitação por escrito, o médico pode atender a esse pedido⁹¹⁰. Não apresenta outras exigências, de forma que, ao contrário da lei belga, parece não exigir a irreversibilidade do estado de inconsciência⁹¹¹.

⁹⁰⁷ Refere Ballarino: "La legge olandese... la richiesta del paziente deve essere volontaria e consapevole, essa deve pervenire da um soggetto pienamente consciente del próprio stato." [...] "La legge belga ... la richiesta del paziente dev'essere redatta in iscritto, datata e firmata da lui stesso (art. 3.4), ma può essere formulata anche anticipatamente (art. 4.1), sempre per iscritto e alla presenza di due testimoni..." (Livre tradução: A lei holandesa... o pedido do paciente deve ser voluntário e consciente, essa deve partir de um sujeito plenamente consciente de seu próprio estado. [...] A lei belga... o pedido do paciente deve ser escrito, datado e firmado por ele mesmo (art. 3.4), mas também pode ser formulado antecipadamente (art. 4.1), sempre por escrito e na presença de duas testemunhas [...]). BALLARINO, Tito. Eutanasia..., p. 75.

⁹⁰⁸ Descrevem os autores: "A diretiva antecipada pode ser redigida a qualquer momento. Deve ser feita por escrito na presença de duas testemunhas adultas, sendo que pelo menos uma delas não tenha qualquer interesse material na morte do paciente, e deve ser datada e assinada pelo paciente que fez o pedido, pelas testemunhas, e pela pessoa de "confiança do paciente", se houver. Na diretiva antecipada, uma ou mais "pessoas de confiança" podem ser nomeadas, em ordem de preferência, para informar ao médico atendente o desejo do paciente. O médico atendente do paciente, o médico consultado e os membros da equipe de enfermagem estão proibidos de atuar como "pessoas de confiança". A diretiva antecipada pode ser modificada ou revogada a qualquer momento". ADAMS, Maurice; NYS, Herman. Legislando..., p. 315.

⁹⁰⁹ Cfr. ADAMS, Maurice; NYS, Herman. Legislando..., p. 318.

⁹¹⁰ Nesses termos refere a lei : Article 2 - 1. The requirements of due care, referred to in Article 293 second paragraph Penal Code mean that the physician: [...] 2. If the patient aged sixteen years or older is no longer

Cabe a referência de que ao prever a possibilidade de pedidos de antecipação da morte, as legislações devem prever a possibilidade desse pedido constar da diretiva, quando ligado a uma situação clínica indicada. A previsão é indicada, pois o maior sofrimento poderá estar sendo imposto, exatamente, quando a pessoa já não tenha condições de se manifestar.

Ressalva-se que o suicídio assistido deverá ser realizado pela própria pessoa, a qual, ao não ter mais condições de se manifestar, dificilmente terá para praticá-lo, com grandes chances de ser uma disposição inócua⁹¹².

A permissão de diretivas, em regra, está inserida em legislação que trata de forma geral do tema de cuidados da saúde e autonomia do paciente. Doutrinariamente, situações de antecipação da morte por vezes são tratadas concomitantemente. Porém, cabe reforçar que não há vinculação entre o reconhecimento das diretivas antecipadas e das práticas da eutanásia ou do suicídio assistido⁹¹³.

capable of expressing his will, but prior to reaching this condition was deemed to have a reasonable understanding of his interests and has made a written statement containing a request for termination of life, the physician may cant' out this request. The requirements of due care, referred to in the first paragraph, apply *mutatis mutandis*. (Livre tradução: Artigo 2 – 1. Os requisitos de cuidados adequados, mencionados no Artigo 293, parágrafo 2º, do Código Penal determinam que o médico: [...] 2. Se o paciente de 16 ou mais anos já não for capaz de exprimir sua vontade, mas antes de chegar a essa condição foi considerado dotado de uma compreensão razoável de seus interesses e fez uma declaração escrita contendo um pedido de cessação da vida, o médico poderá atender a esse pedido. Os requisitos de cuidados adequados, mencionados no parágrafo 1º, se aplicam, *mutatis mutandis*, a este). TERMINATION of Life on Request...

⁹¹¹ Nesse sentido: “A lei holandesa, ao contrário, determina na Seção 2, § 2º, que uma diretiva avançada pode ser aplicada quando o paciente “não for mais capaz de expressar suas vontades”. Este requisito parece ser mais amplo que o requisito da Lei da Eutanásia belga (já que não menciona irreversibilidade de inconsciência). A lei holandesa não coloca requisitos especiais sobre casos de pacientes de uma diretiva antecipada, mas apenas determina, ainda na Seção 2, § 2º, que “requisitos do devido cuidado referidos no primeiro parágrafo aplicam-se *mutatis mutandis*”. Em vista do que se acabou de dizer, devemos nos perguntar o que isso significa no que diz respeito à exigência de sofrimento insuportável. Pode, por exemplo, alguém que está inconsciente sofrer insuportavelmente? Por este motivo, há dúvidas sobre a viabilidade dessas disposições na prática”.

ADAMS, Maurice; NYS, Herman. *Legislando...*, p. 318.

⁹¹² É possível que a pessoa mantenha capacidades motoras, embora sem capacidade de manifestação, com o que, se houve o pedido prévio de suicídio assistido, poderia ser assistida e realizar o ato por si própria.

⁹¹³ Destaca Ballarino: “La legislazione, diciamolo subito, non presenta gli stessi caratteri per entrambi gli istituti (spesso confusi da chi, per ragioni di principio si oppone all'eutanasia). Mentre l'affermazione legislativa dell'eutanasia resta un fenomeno marginale, ristretto a pochissimi paesi, il testamento biologico, in virtù dei principi generalmente accolti dell'autonomia e del consenso informato, gode socialmente di un atteggiamento alquanto agnostico”. (Livre tradução: “A legislação, como referimos, não têm as mesmas fontes para ambas as instituições (muitas vezes confundido por aqueles que, por razões de princípio, se opõem à eutanásia). Embora a afirmação legislativa da eutanásia continua sendo um fenômeno marginal, restrita a poucos países, o testamento biológico, em virtude dos princípios geralmente aceitos de autonomia e consentimento informado, goza socialmente de uma atitude um pouco agnóstica”). BALLARINO, Tito. *Eutanasia...*, p. 70.

Tratam-se de questões distintas que não devem ser confundidas. É um equívoco entender que o acolhimento de diretivas possa ser uma porta para a eutanásia⁹¹⁴. Considerando que o objeto e as cláusulas deste ato devem estar de acordo com a legislação local, apenas com o acolhimento legal dessas práticas é que seria permitido, via diretivas antecipadas, emitir manifestação nesse sentido.

Ademais, a pesquisa demonstra que o correto manejo da dor e sofrimento de um paciente com doença grave, incurável, que esteja se agravando ou já em fase terminal, reduz o interesse na antecipação desse momento. Daí porque, as diretivas são voltadas para os consensos éticos, e para o atendimento da maior demanda, que diz com o não prolongamento de situações de fim de vida e os cuidados essenciais para atendimento da dor.

A previsão legal das diretivas antecipadas nos ordenamentos internos apenas reconhece um instrumento que possibilita manifestação do indivíduo capaz com relação aos cuidados de saúde que pretende e que projeta efeitos para momento no qual não possa mais se manifestar, exigindo, pois, que o conteúdo dessa diretiva esteja de acordo com a legislação do local em que forem emitidas.

Da pesquisa realizada, fica claro que ainda há um caminho a ser percorrido que permita às sociedades se reapropriarem dos conceitos de morte e morrer de forma mais tranquila, antes que debates relativos à antecipação da morte sejam prioridade.

A evolução da ciência e as reflexões éticas que se seguiram direcionam para o reconhecimento de certo exagero na busca de manutenção da vida. Novos tratamentos, medicamentos e terapias conseguiram apenas prolongar o processo de morte, que de outra forma ocorreria de maneira mais rápida. Ainda que não se possa referir como consenso, pode-se certamente dizer que a grande maioria considera éticas as decisões

⁹¹⁴ Nesse sentido manifestação de Pedro Patto, antes da aprovação da lei portuguesa: “Pode suscitar-se o receio de que a consagração legal das declarações antecipadas de vontade (o também chamado testamento vital), que consta do Projeto de Lei 788/X, em discussão (já aprovado na generalidade) na Assembleia da República no momento em que escrito, seja um primeiro passo no sentido da legalização da eutanásia, ou que desta forma se abra a porta a práticas eutanásicas até agora não admissíveis na ordem jurídica portuguesa. O testamento vital seria, como já tem sido referido noutros países, um cavalo de Tróia que entra na ordem jurídica ocultando a eutanásia dentro de si. Saber se assim é dependerá da concreta regulamentação deste instrumento”.

Uma das soluções apontadas pelo autor é não atribuir eficácia vinculativa às declarações antecipadas, que seriam apenas mais um elemento a ser ponderado pelo médico. Deve-se considerar que como um ato de autonomia, as diretivas devem ser observadas.

Com efeito, a sugestão não foi acatada, tanto que a legislação de 2012 estabelece o respeito às diretivas. PATTO, Pedro Vaz. Testamento vital: perspectiva jurídica: porta aberta para a eutanásia? **Broteria: Cristianismo e Cultura**, Braga, v. 168, n. 5/6, p. 437 e 439, maio/jun. 2009. Disponível em: <http://www.broteria.pt/images/books/pdf/2009_Mai.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

que visem recusar ou suspender esses tratamentos. Essas decisões não são consideradas como uma disposição do bem vida, mas reconhecimento da inevitabilidade da morte.

Silva e outros apresentam resultado de pesquisa realizada junto a acompanhantes de pacientes terminais, na qual demonstram que o desconhecimento do significado desses conceitos conduz à opção por tratamentos intensivos no lugar de outras alternativas, como, por exemplo, os cuidados paliativos. Referem ainda uma possível interferência das equipes médicas na escolha pela manutenção de tratamentos, por dificuldades também dos profissionais da saúde de tratarem do tema⁹¹⁵.

As diretivas, em regra, se dirigem para a recusa/suspensão de tratamentos, o que se mostra natural, pois, como já referido, o normal ainda é empreender todos os esforços disponíveis na tentativa de se buscar a cura. Assim, as diretivas estão mais direcionadas para as pessoas que tem a intenção de colocar um limite nos tratamentos médicos quando estes não apresentem benefícios.

Em termos jurídicos, salienta-se que, como a recusa ou suspensão de tratamento na área médica, em situações de fim de vida implica em disposição de bem fundamental da pessoa, qual seja, seu corpo e sua vida, e tratando-se de decisão de cunho personalíssimo que somente poderia emanar da própria pessoa, somente na existência de disposição nesse sentido poderia ser interrompida ou não iniciada uma terapia.

⁹¹⁵ Dados apresentados: “O conhecimento sobre o significado do estado terminal influenciou na escolha dos participantes ($p=0,0298$). Dentre os que conheciam, 44 (70,9%) optariam pela ortotanásia e 18 (29,1%) pela distanásia. Entre os que desconheciam, 104 (85,2%) escolheriam a distanásia e apenas 18 (14,8%) a ortotanásia. [...] Após breve explicação acerca do termo «doença terminal», observou-se que do total de entrevistados 71 (37,3%) diziam ser acompanhantes de pacientes terminais – fato que não influenciou na escolha entre distanásia ou ortotanásia ($p=0,33$). O estudo mostrou que 47 (24,7%) pacientes haviam conversado com seus acompanhantes sobre terminalidade; que 83 (43,7%) pacientes não haviam conversado e que 60 (31,6%) entrevistados não sabiam se o paciente havia conversado com algum outro acompanhante, e considerou que este fato não influenciou na escolha entre distanásia ou ortotanásia ($p=0,45$). Contudo, quando questionados se o familiar internado havia conversado com a equipe de saúde sobre a realização de tratamentos intensivos, 55 (28,9%) afirmaram ter conversado; 69 (36,3%) que este não conversou e 60 (31,6%) não sabiam se o paciente havia conversado. Ressalte-se que quando os profissionais de saúde haviam conversado sobre a realização de tratamentos intensivos com o paciente, os acompanhantes optaram pela escolha da distanásia”.

Concluem os autores na discussão sobre os resultados: “A pesquisa realizada mostra a interferência de dois fatores na escolha do tema: a compreensão do estado terminal e se o ente querido do familiar havia dialogado com a equipe de saúde sobre terminalidade da vida. Os entrevistados que referiram que seu familiar havia conversado com a equipe optaram pela distanásia. Estudos evidenciaram que mais da metade dos médicos apresentam dificuldade para falar com os pacientes sobre o tema morte. Consequentemente pode ocorrer possível interferência da própria equipe de saúde junto ao doente, incentivando-o a prosseguir no tratamento e exaltando as qualidades da ciência do prolongamento da vida, haja vista a dificuldade de aceitar a morte e de associá-la ao fracasso ou erro”. SILVA, José Antônio Cordeiro da et al. Distanásia e ortotanásia: práticas médicas sob a visão de um hospital particular. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 2, p. 361-362, 2014. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/18.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Nessa linha de raciocínio, confirma-se a importância das diretivas direcionadas a recusa de tratamentos, pois somente com base em uma manifestação prévia nesse sentido se poderia atuar.

Salienta-se que, nos acórdãos examinados no primeiro capítulo dessa tese, a solução jurídica encontrada foi a de determinar, ainda que de forma presumida, qual seria a decisão do paciente. Nas decisões judiciais, quer dos próprios acórdãos analisados, quer de decisões anteriores neles referidas, quando essa prova não foi possível ou foi insuficiente, a decisão foi no sentido de manutenção da vida.

Levantamento realizado por Silveira e outros confirma essa tendência. Entre as pessoas que tinham diretivas antecipadas, 92,7% tinham por objeto a limitação de cuidados, 96,2% pedidos de cuidados de conforto e apenas 1,9% solicitação de todo cuidado possível⁹¹⁶. Chama a atenção que o meio médico, que por ser formador de opinião neste tema reflete no meio social, tem maior facilidade para aceitar a recusa de um tratamento que ainda não se iniciou do que suspender algum tratamento que está em andamento.

Nota-se, contudo, que não há diferença nessas condutas, pois a recusa ou suspensão de um tratamento fútil diz com a relação custo/benefício, ou seja, com o resultado. Ademais, considerando que se permanece sempre no campo das probabilidades, por vezes a expectativa com um tratamento pode ser maior do que o resultado na sua aplicação. Constatada a sua inutilidade com vista à cura, ou mesmo porque imponha sofrimento desproporcional ao resultado que está sendo esperado, deve ser reconhecida a possibilidade de suspensão. *“É, portanto, a diferença emocional e psicológica que distingue a abstenção da suspensão de tratamentos e não a distinção do ponto de vista ético”*⁹¹⁷.

Entendimento diverso pode levar a situações perversas de impor um tratamento até o fim, mesmo quando visivelmente estiver causando mais danos do que benefícios ao

⁹¹⁶ Cfr. SILVEIRA, Maria J.; KIM, Scott Y.H.; LANGA, Kenneth M. Advance Directives and Outcomes of Surrogate Decision Making before Death. **The New England Journal of Medicine**, n. 362, p. 1211, 2010. Downloaded from nejm.org at Dahlgren Memorial Library. Acesso em: 6 jun. 2013.

⁹¹⁷ Gonçalves apresenta o seguinte exemplo para ilustrar a distinção: “[...] não iniciar hemodiálise num doente com um cancro difusamente metastisado, que desenvolveu uma insuficiência renal terminal, é considerado, em geral, como uma atitude adequada, mas interromper esse tratamento num doente com uma insuficiência renal terminal, em hemodiálise que desenvolveu um cancro e se encontra numa fase avançada de sua doença pode suscitar muitas dúvidas. Isso acontece, provavelmente, porque a suspensão do tratamento é associada mais diretamente à morte do que a abstenção, que se associa mais frequentemente à evolução natural da doença”. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 44.

paciente ou sequer iniciarem tratamentos que poderiam vir a ser benéficos pelo receio de não poder interrompê-los, caso mais tarde se mostrassem ineficazes⁹¹⁸. Assim, tanto recusa como suspensão de tratamento encontram-se no mesmo patamar e devem ser aceitas decisões manifestadas nesse sentido.

Conclui-se, pois, que na sequência de todo o caminho trilhado na relação médico/paciente e dos problemas éticos gerados na utilização de novas terapias e tratamentos, há o encaminhamento para consensos em torno da prática da ortotanásia, qual seja, a morte no tempo certo, sem empreender esforços desmedidos que atentem contra a dignidade da pessoa.

A ortotanásia, analisada no item 2.3.3 dessa tese, direciona-se para identificar o atendimento adequado nas situações finais da vida. Preleciona o atendimento à dor e ao sofrimento, sem imposição de medidas extravagantes e fúteis, ou seja, que não agreguem benefício ao paciente. Privilegia o viver sobre a vida, procurando a adequação no atendimento do paciente. A aplicação de terapêuticas curativas ou intensivas é utilizada na medida em que pode melhorar as condições de vida do paciente, e em respeito às suas decisões. Quando às demais terapias se mostrem ineficazes, direciona para a utilização de terapias paliativas, com atendimento integral da pessoa tanto física como psicologicamente. Salienta sempre o respeito pela pessoa do paciente que implica no devido atendimento. Assim, não há abandono da pessoa, mas, ao contrário, uma maior e melhor atenção.

O suporte de alimentação e hidratação é, sem dúvida, um dos temas mais debatidos, visto por alguns apenas como cuidados básicos e não como tratamento. O encaminhamento, porém, inclusive em termos jurisprudenciais, é de ser considerado como tratamento médico e, desta forma, passível de ser suspenso.

No caso de estado vegetativo persistente, reconhecida a irreversibilidade do quadro clínico, as funções vitais, ao menos alimentação e hidratação, são mantidas de forma artificial.

O debate deve-se ao fato de que hidratação e alimentação são consideradas necessidades básicas da pessoa. A discussão travada baseia-se no fato de que se tratando de um cuidado básico não estaria autorizada sua suspensão. Contudo, conforme se verificou pelos argumentos expendidos nos acórdãos, enquadram-se essas situações na qualidade de tratamento, mesmo porque exigem procedimentos médicos, como, por

⁹¹⁸ Cfr. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 44.

exemplo, para a colocação da sonda nasogástrica, e acompanhamento especializado. Nesses termos, decisões de suspensão de suporte vital são consideradas como eticamente aceitáveis.

Outra questão que vem ganhando adesão é a aplicação de sedação para tratamento da dor crônica e severa, pois pode levar a uma antecipação do momento final. É o chamado duplo efeito, qual seja, aplica-se a sedação com uma determinada finalidade, que gera um efeito não pretendido. Também aqui, levando em consideração o bem-estar do paciente e a ausência de intenção de redução do tempo de vida, é prática que tem sido aceita.

Conforme já referido no item 2.4, a França, em recente alteração legislativa, autorizou a solicitação "sedação profunda e contínua, alterando a consciência até a morte"⁹¹⁹, para pacientes em situação final de vida, mesmo que implique em antecipação do momento final. Reconhece, com isso, a importância do atendimento da pessoa nesses momentos finais.

A teoria do consentimento informado impôs a participação do paciente nas decisões relativas aos cuidados de saúde. Desta forma, se necessário o consentimento, fica evidente que a esse paciente também é dada a possibilidade de dissenso, ou seja, de recusar a realização de um determinado tratamento ou de se submeter a uma terapia.

Como já referido, o consentimento é necessário para qualquer intervenção médica, e com mais razão quando se apresentam situações de fim de vida. Assim, havendo possibilidade de manifestação da parte deve ser colhida sua declaração, de forma livre e com prévios esclarecimentos médicos que permitam essa decisão. A possibilidade de recusa que implique a não utilização ou a suspensão de um tratamento, quando manifestada expressamente por paciente competente, não é decisão que crie maiores debates.

Na sequência desse raciocínio, pois, decisões aceitas caso o paciente pudesse se manifestar também devem ser aceitas como diretrizes das DA's.

⁹¹⁹ Nesse sentido notícia veiculada. FRANCE adopts sedated dying law...

4.5 As cláusulas das DA's

Várias são as disposições que podem ou devem constar de uma diretiva. *“O negócio jurídico é sempre circunstanciado, rodeado de aspectos que o tornam único, ou seja, aquele negócio jurídico e não outro”*⁹²⁰.

Assim, além do conteúdo expresso, podem ser estabelecidas cláusulas particulares, desde que não ofendam a lei. Determinados elementos podem ser identificados como acessórios, quando, em verdade, dependendo do negócio jurídico que se apresentem, esses elementos são materialmente substanciais para o negócio. É o caso *v. g.*, da condição suspensiva que irá desencadear os efeitos pretendidos das diretivas, quais sejam, o atendimento à vontade do declarante quanto aos cuidados de saúde. A pessoa deve declarar as situações futuras e incertas que, caso ocorram, demandariam o atendimento solicitado.

A lei portuguesa, além de tratar das questões relativas à capacidade, à forma, ao objeto e à declaração da vontade, elementos estruturantes do negócio, no seu art. 3º indica demais itens que dela devem constar: a identificação completa do outorgante, o lugar, a data e a hora da assinatura⁹²¹.

Independente da exigência legal, esses elementos são importantes como forma de possibilitarem a correta identificação do declarante, além de viabilizarem a contextualização de tempo e lugar em que o ato foi realizado. A falha ou ausência desses indicativos, porém, não afeta a validade do documento, quando possível extrair essas informações do conjunto.

Outros tantos elementos podem se agregar, necessários ou facultativos. Destes, por exemplo, veio estabelecida a possibilidade de constar a identificação e assinatura do médico colaborador. Embora facultativo, cabe referir que essa indicação, via de regra,

⁹²⁰ Prossegue o autor: “Tende a adquirir, assim, um clausulado que, não sendo parte integrante do modelo como um todo, sem representar a essência da categoria, é relevante para a composição de seus elementos”. PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas..., p. 469.

⁹²¹ Azevedo sustenta que tempo, lugar e agente são elementos gerais extrínsecos e, como tal, necessários para a constituição do ato. Refere o autor: “Se o fato jurídico é um fato do mundo real sobre o qual a norma jurídica incide, torna-se de intuitiva evidência que não há fato jurídico sem data e sem lugar. O que tem confundido esse assunto é a circunstância de que não é muito comum o legislador estabelecer um requisito para os elementos tempo e lugar do negócio jurídico; segue-se daí que, na hipótese normativa do fato jurídico (isto é, no seu suporte fático), os elementos tempo e lugar ficam, em geral, apenas implícitos. Por outras palavras, se todo fato jurídico tem data e lugar, isso significa que ambos são elementos de todo fato jurídico (inclusive do negócio jurídico), ainda que raramente a eles se imponham requisitos. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 32.

confere maior segurança às diretivas redigidas, pois é sinal de que a pessoa recebeu os esclarecimentos necessários que lhe possibilitaram tomar suas decisões⁹²².

Trata-se de documentos novos, mas pode-se dizer que já é uma prática distinguir a disposição de vontade da nomeação de procurador. Nos EUA, onde surgiram, os instrumentos vieram divididos em *living will* e *durable power of attorney*, denominados pela lei portuguesa como testamentos vitais e procuração para cuidados de saúde.

Porém, conforme analisado no item 4.3.1, é desnecessário realizar documentos diversos para cada uma dessas disposições que poderão, pois, constar de um mesmo documento ou não, de acordo com a vontade do declarante⁹²³.

⁹²² Ao analisar as disposições da lei portuguesa, Raimundo refere que a assinatura do médico é facultativa, mesmo se prestou as informações, sendo escolha do declarante e do próprio médico. Com relação a alegada segurança, refere que a prática tem mostrado que não há significativa alteração no conteúdo, com ou sem a presença do médico. Salienta-se, contudo, que a despeito das vantagens ou não para a posterior interpretação do documento, a importância dos esclarecimentos prestados pelo médico dirige-se ao paciente, que com isso tem condições de ter a plena consciência do que representa esse seu ato.

Refere a autora: “Com efeito, o esclarecimento cabal por parte de um médico, sobre as opções e implicações da DAV que o outorgante deseja realizar, é meramente facultativo e, assim sendo, não existe a obrigatoriedade de se declarar expressamente que se rejeita esse esclarecimento (ao contrário do previsto na alínea b) do artigo 6.º do último Projeto de Lei do grupo parlamentar do PS que fazia depender o valor vinculativo do testamento vital do cumprimento deste requisito). Ora, se em termos teóricos podia considerar-se que uma DAV elaborada com a ajuda de um médico teria sempre um valor superior a uma DAV elaborada sem esse contributo (precisamente pela clara apresentação das situações clínicas abrangidas e os tratamentos médicos a aceitar e/ou recusar), a experiência holandesa é aqui elucidativa quanto a esta participação. Ao contrário do que seria expectável, a proporção de diretivas escritas de forma genérica na referida jurisdição não diminuiu significativamente com a existência de uma intervenção de um médico na fase de esboço. E a estes resultados decepcionantes deve somar-se o facto de as DAV's redigidas sem acompanhamento de um suposto especialista registarem mais vezes a nomeação de um procurador de cuidados de saúde do que as DAV's realizadas com a participação de um médico”.

RAIMUNDO, Diana Sara Lopes. O procurador de cuidados de saúde na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. **e-Pública**, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 488-517, jun. 2014. Disponível em:

<<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n2/v1n2a17.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

⁹²³ Cabe referência que a utilização de vários vocábulos acaba por gerar problemas na identificação do negócio jurídico.

Nesse sentido, Lima, nitidamente confundindo nomenclatura com elementos dos negócios jurídicos, refere: “a diretiva antecipada de vontade, em nosso entender, é a mera emissão da vontade de um paciente acerca do tratamento que quer receber no futuro. [...] não possui determinados requisitos para se fazer valer perante o Direito com a efetividade jurídica que seria oportuna para este caso. [...] O ordenamento jurídico precisa de algo dotado de um pouco mais de formalidade e, consequentemente, de eficácia reconhecida, que possa obrigar familiares e médicos a respeitar a livre e informada vontade de um paciente em seus momentos derradeiros. O instituto jurídico que preenche estes requisitos é o testamento vital, tradução literal do termo *living will*, empregado nos Estados Unidos, [...] Para Anderson Schreiber, o testamento vital é “o instrumento por meio do qual a pessoa manifesta, antecipadamente, sua recusa a certos tratamentos médicos, com o propósito de escapar ao drama terminal vivido por pacientes incapazes de exprimir sua vontade”. [...] Portanto, o testamento vital é a forma, com eficácia jurídica, que a diretiva antecipada de vontade toma para que valha e obrigue terceiros”.

LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: a tutela efetiva do direito à morte digna. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas**, Manaus, v.14, n.1/2, p. 61-102, jan./dez. 2013. pp. 77-78.

O autor confunde a terminologia utilizada, com o conteúdo. Mais que isso, confunde manifestação e declaração. Como referido no item 4.2, Azevedo já diferencia manifestação, mais genérica, da declaração

Em verdade, diretivas antecipadas que tem por objetivo manifestação de cuidado de saúde e fim de vida congregam tanto diretrizes como nomeação de procurador com a mesma finalidade.

Essas disposições podem estar previstas separada ou cumulativamente. Contempladas as diretrizes e a indicação do representante, maior é a segurança de que os efeitos pretendidos pela pessoa, ao projetar sua vontade, sejam alcançados.

A alteração procedida no Código de Saúde Pública francês agrega uma nova indicação de grande importância. Pelas novas regras, a pessoa deverá indicar se quando da confecção da diretiva já se encontrava em algumas das situações fáticas passíveis de gerar os efeitos da diretiva no caso de não poder mais se manifestar⁹²⁴.

Ressalta-se a importância dessa regra, pois o fato da pessoa já ser portadora de uma doença grave é bastante significativo para a interpretação das disposições antecipadas. A projeção da vontade feita sem nenhuma base fática é um exercício muito mais difícil e pode levar a ineficácia da diretiva de modo mais frequente. Já a projeção tendo por base o conhecimento de uma doença grave, da qual é possível informações sobre sua evolução, induz a estabelecer diretrizes mais próximas a situação real.

A lei belga que trata da eutanásia, ao permitir a solicitação prévia, exige que ela seja escrita e que desse documento conste a assinatura de duas testemunhas, uma das quais não deve ter interesse material na morte do declarante. A exigência de testemunhas do ato não consta da lei portuguesa e nem é verificada em outras legislações que tratam do tema. Na ausência de expressa previsão legal, deve-se considerar como válida a diretiva, independente de testemunhas, não se podendo agregar exigência que a lei não apresenta.

negocial, que é a manifestação com vistas a realização de um negócio jurídico. Contudo, uma vez emitida a declaração de vontade, elemento essencial primeiro de um negócio jurídico, e agregando os demais elementos essenciais de constituição desse negócio, independente do nome a ele conferido, ter-se-á um negócio jurídico constituído, passível de ser analisado se preenche os requisitos de validade e os fatores de eficiência. Saliente-se que, no caso das diretivas a forma, um dos elementos essenciais de qualquer negócio, é livre, o que facilita a emissão dessa vontade.

Mantém-se, portanto as conclusões dessa tese de que «diretivas antecipadas de cuidados de saúde» é um termo que identifica bem o negócio jurídico de que se fala, e que acolhe tanto as diretrizes de tratamento quanto a nomeação de um procurador.

⁹²⁴ Article 1111-11. Modifié par LOI n°2016-87 du 2 février 2016 - art. 8. [...] “Ce modèle prévoit la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige”. (Livre tradução: “Esse modelo indicará a situação da pessoa conforme ela esteja ou não acometida de uma doença grave no momento em que são redigidas”).

LEGIFRANCE.GOUV.FR. **LOI n° 2016-87 du 2 février 2016...**

A presença de testemunhas que confirmem a declaração, contudo, seria importante como garantia de que a diretiva expressa a real vontade do declarante, caso dela possa surgir alguma dúvida.

Como referido acima, as diretivas guardam bastante similitude com os testamentos, documentos nos quais há sempre a exigência da presença de testemunhas do ato de declaração⁹²⁵. Reconhece-se, contudo, que a exigência acaba por burocratizar o ato, que como se pode ver tende a ser simplificado.

Identificam-se como possíveis cláusulas a serem estabelecidas: a) as situações fáticas em que devem gerar efeitos; b) os respectivos tratamentos que a pessoa está disposta ou não a se submeter ou indicações de conceitos de vida que devem ser considerados no momento da tomada de decisão; c) a indicação de representante que fale pelo manifestante suprindo as questões não previstas; d) e outras cláusulas que possam se agregar ao documento, tendo por base o momento e circunstância em que produzirá seus efeitos.

4.5.1 Situações clínicas em que serão aplicadas

As diretivas antecipadas devem compreender as situações clínicas nas quais a pessoa pretende desencadear os efeitos da disposição, no que o art. 3º, item 1, “c” da Lei portuguesa é expresso.

Isso porque uma incapacidade temporária como, por exemplo, a sedação para fins de realização de uma cirurgia, não tem o condão de trazer à tona a análise de documentos direcionados para decisões de saúde e fim de vida.

As diretivas antecipadas são direcionadas para as manifestações de cuidados de saúde quando o paciente se encontrar com doença grave incurável, cujo caminho seja irreversível, se encontre fase final de vida, ou ainda, em estado vegetativo permanente, aliado ao fato de que não tenha condições de se manifestar.

A correta interpretação do momento em que as diretivas antecipadas passam a produzir seus efeitos é extremamente importante. Katsetos e outros, analisando caso de pessoa idosa, constataam como a existência de uma diretiva antecipada mal-empregada

⁹²⁵ No Brasil, há previsão de três tipos de testamentos: público, cerrado e particular. Há exigência de testemunhas em todos eles. No público acompanham toda a leitura do ato. No cerrado presenciam a declaração do testador de que aquele instrumento contém sua manifestação de vontade. No particular assumem relevância, pois confirmam tratar-se do ato realizado pelo testador.

pode vir em prejuízo do paciente e de sua autonomia. Referem que a falta de entendimento quanto a implementação, ativação e implicações das diretivas compromete a assistência, segurança e autonomia do paciente⁹²⁶.

Como bem advertem os autores, a indicação de recusa de tratamento somente será ativada se o paciente se encontrar nas situações clínicas apontadas e sem condições de se expressar. O cuidado que deve se ter é para que o paciente que se encontre com capacidade de manifestação, ou ainda em boas condições de saúde física, seja corretamente atendido. A existência de uma DA, fora das situações clínicas indicadas, não faz surtir seus efeitos⁹²⁷.

Cabe referência que, mesmo diante de discussões sobre o critério de morte encefálica, referidos no item 2.2 dessa tese, trata-se de um critério aceito e legalmente acolhido nos países ocidentais de que se pesquisou e, com isso, constatada a ausência total de atividades do encéfalo, seja pelo critério total, seja do tronco, não há mais identificação de vida, permitindo assim que os aparelhos sejam desligados pela equipe médica. Faz-se o esclarecimento considerando que este não é caso para o qual se direcionam as diretivas. As DA's estabelecem diretrizes para serem atendidas durante o processo de fim de vida do paciente, mas anterior a sua morte. Em sendo o critério de morte encefálica um critério de morte, não é esta uma condição para desencadeamento dos efeitos de eventual diretiva.

A indicação dessas circunstâncias clínicas configura um elemento acessório das diretivas. Estabelece uma condição, qual seja, um evento futuro e incerto que desencadeará os efeitos pretendidos⁹²⁸.

Partindo da definição das diretivas antecipadas seria possível entender as situações clínicas como um fator de eficácia legal e não uma condição⁹²⁹. Contudo, diante

⁹²⁶ No original: "The case presented demonstrates a lack of understanding among several physician sand other health care providers regarding the implementation, activation, and implications of advance directives. This lack of understanding potentially compromises patient care, safety, and autonomy". KATSETOS, Antonios D.; MIRARCHI, Ferdinando L. A Living Will Misinterpreted as a DNR order: confusion compromises patient care. **The Journal of Emergency Medicine**, v. 40, n. 6, p. 632, jun. 2011.

⁹²⁷ Cfr. KATSETOS, Antonios D.; MIRARCHI, Ferdinando L. A Living..., p. 631.

⁹²⁸ A condição é um elemento acessório do qual os contratantes podem se utilizar para eventualmente modificar a eficácia do ato em questão em virtude de circunstâncias específicas do negócio entabulado. Operam no plano da eficácia do negócio jurídico. A condição é uma cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

⁹²⁹ Penteado esclarece a diferença apresentando exemplo relativo aos testamentos. Refere o autor: "A condição legal é na verdade pressuposto de incidência de normas jurídicas. Assim, quando se afirma que a "morte do *de cujus* é condição de eficácia do testamento", o termo condição está mal empregado. Trata-se de fator de eficácia legal e, portanto, como não dependente da vontade das partes, mas da disciplina legal

das várias hipóteses possíveis de sua aplicação, do fato de que a pessoa pode querer os efeitos das suas diretrizes em alguns casos e não os querer em outros, e ainda da possibilidade de que essas situações sequer venham a ocorrer, fica claro que as circunstâncias indicadas são uma condição imposta pela vontade do declarante e não decorrente de lei⁹³⁰.

Trata-se, portanto, de uma condição suspensiva. Ou seja, os efeitos da diretiva ficarão suspensos até a implementação da condição estabelecida pelo declarante.

A pessoa deve indicar as situações clínicas nas quais pretende que as diretivas sejam aplicadas.

O modelo português prevê situações que podem desencadear a utilização das DA's de forma objetiva, podendo ser assinalada uma, algumas ou todas, além de conferir espaço para acrescentar outras hipóteses.

O modelo em questão refere doença incurável em fase terminal, doença sem possibilidade de recuperação de acordo com a arte da ciência e doença neurológica ou psiquiátrica irreversível, com complicações nos sistemas respiratórios, renais ou cardíacos.

Não há indicação de EVP, mas é outro motivo importante que pode desencadear as diretivas.

Deve-se reiterar que é necessário a impossibilidade de expressar sua vontade de forma direta, em qualquer das situações elencadas pela pessoa.

Como se vê, pois, são direcionadas para situações de fim de vida, nos quais a pessoa acometida de doença grave, incurável e mostrando-se irreversível a situação, que não possa se manifestar, tenha deixado expressos os tratamentos e cuidados que aceita ou recusa.

A incapacidade de manifestação é bastante comum quanto mais avance a doença.

Fases finais, em regra, são acompanhadas da impossibilidade de manifestação. Doenças terminais independem da idade do paciente. A fase de terminalidade pode se instalar em crianças ou em idosos, em decorrência da evolução de uma doença grave, neurológica ou não, e mesmo de um episódio abrupto. O que é determinante nessas

do instituto, não pode ser subsumido ao direito das cláusulas acessórias do negócio jurídico disposto pelo sistema do CC". PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas..., p. 476.

⁹³⁰ Cabe referir a diferença das situações que desencadeiam os efeitos dos testamentos e das diretivas. A morte será atestada de forma objetiva, além de ser um evento que, embora incerto quanto ao prazo, é certo quanto a sua ocorrência. Assim, possível ser tomada como fator de eficácia legal, diferente das situações clínicas que podem ocasionar a eficácia das DA's.

circunstâncias é que o prognóstico médico é muito desfavorável a curto prazo, independente das medidas terapêuticas que sejam implementadas.

Por convenção médica, considera-se paciente terminal aquele em que a perspectiva de vida, independente dos tratamentos a que se submeter, não for superior a seis meses⁹³¹.

Para Kipper, o reconhecimento da terminalidade decorre da conjunção de critérios objetivos, subjetivos e até mesmo intuitivos. O período de tempo de vida é, em verdade, impreciso, mas nesse momento se reconhece que não há mais possibilidade de cura e de que a morte é inevitável e próxima⁹³².

É muito comum que nessas circunstâncias a pessoa já não tenha mais condições de se manifestar, capacidade essa que não será recuperada. Nos casos de demências que se instalam em decorrência de doenças neurológicas, também é importante a atenção aos tratamentos que serão implementados, considerando que a degeneração, embora gradual, é irreversível. Cabe lembrar que as doenças neurodegenerativas atingem, gradualmente, todas as funções do corpo, inclusive as motoras.

Assim, tratamentos agressivos em pacientes nesses estados poderão apenas causar maior sofrimento e acentuar os problemas físicos, de forma que, por vezes, e em especial se houver manifestações prévias de vontade, apresentam-se como a melhor solução os cuidados paliativos.

Outra situação que merece ser referida são os casos de EVP. O estado vegetativo persistente *“é uma situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral”*⁹³³.

Em termos de desenvolvimento temporal, designa-se estado vegetativo o quadro clínico inicial, estado vegetativo continuado quando o quadro persiste por pelo menos quatro semanas e estado vegetativo persistente quando as alterações neurológicas persistem por mais de três meses após anóxia cerebral e doze meses na sequência de traumatismo craniano⁹³⁴.

⁹³¹ Kipper define paciente terminal como: “São os pacientes portadores de doenças cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratada ou não e que apresentam uma grande probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo (p. ex., três a seis meses)”. KIPPER, Délio José. **Final de vida em crianças: aspectos técnicos e bioéticos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p. 30.

⁹³² Cfr. KIPPER, Délio José. **Final...**, p. 30.

⁹³³ Definição apresentada pela Multi-Society Task Force, em relatório do ano de 1994. Cfr. CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. **Relatório...**, p. 3.

⁹³⁴ Cfr. CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. **Relatório...**, p. 3.

No acórdão da Corte de Milão, que analisou a situação da paciente Eluana Englaro em estado vegetativo (item 1.6.3 dessa tese), houve importante referência ao diagnóstico e prognóstico da situação da paciente, que constatou a irreversibilidade do quadro. Concluiu o acórdão que o diagnóstico era o estado vegetativo persistente e o prognóstico era permanente, qual seja, sem possibilidade de reversão.

Atualmente é possível realizar diagnósticos bastante seguros. Com o passar do tempo, a situação das pessoas em EVP tende, igualmente, a deteriorar-se. Embora não seja o comum, é possível a permanência com suporte vital por muitos anos, como foram, aliás, as situações relatadas nos acórdãos analisados no primeiro capítulo dessa tese.

Situações dessa natureza é que geraram a preocupação de que qualquer indivíduo pode estar nessas condições, qual seja de uma vida mantida de forma artificial por período indeterminado e sem possibilidade de manifestar-se. Decisões sobre a vida e o corpo da pessoa ficam nas mãos de terceiros e não raro podem se tornar objeto de disputa judicial, como se pode constatar pelas várias referências feitas ao longo do trabalho.

Os estados vegetativos persistentes e permanentes, quando decorrido muito tempo, são, sem dúvidas, uma das mais difíceis situações a se enfrentar, em especial quando a manutenção de hidratação e alimentação basta para manter as funções vitais do corpo. São, portanto, situações clínicas que devem estar contempladas nas diretivas.

Para essas circunstâncias - doenças graves, incuráveis, irreversíveis, que se encontrem ou não na fase de terminalidade, com perda de consciência e EVP - as manifestações prévias são um importante instrumento para que se possa saber o que a pessoa decidiria nessas circunstâncias, e possibilitar o cumprimento dessa manifestação em respeito à autonomia pessoal.

Verifica-se, assim, que as circunstâncias em que a utilização de uma diretiva pode ser necessária são as mais diversas possíveis. Assim, é importante identificar o momento para o qual a pessoa projeta a sua utilização.

O modelo de diretiva disponibilizado pelos serviços médicos em Portugal contempla essa etapa, solicitando a indicação das situações nas quais a pessoa pretende que seja conferida eficácia para a diretiva, sempre vinculada a incapacidade de comunicação⁹³⁵.

⁹³⁵ SITUAÇÃO CLÍNICA EM QUE A DAV PRODUZ EFEITOS:

A proposta de «diretivas médicas», referidas no item 2.5.2, também propõe a indicação de vários cenários e os respectivos tratamentos que o paciente estaria ou não disposto a se submeter⁹³⁶. Nesse modelo há a vantagem de situações clínicas mais específicas, nas quais constam a situação e o estado consequente, como, por exemplo, a referência a se encontrar em coma, sem possibilidade de reversão ou com pouca possibilidade de reversão, detalhes que, contudo, podem levar a determinações diversas. Ainda, é feita a ligação de cada uma das situações apontadas, com uma ou mais opções de tratamento/recusa. Essas diretivas, também referidas como planejamento de cuidados médicos, contudo, pressupõem o conhecimento da doença e as projeções são feitas em cima do conhecimento da sua evolução.

4.5.2 Indicações específicas dos tratamentos

O art. 2º, item 2 da Lei portuguesa, identifica o conteúdo das diretivas no que diz respeito aos tratamentos de saúde. Observando os possíveis consensos nessa matéria estabelece, basicamente, a possibilidade de recusa de tratamentos ditos fúteis, no que inclui a manutenção de suporte vital de alimentação e hidratação. Refere, ainda, o pedido de cuidados paliativos e a manifestação de participar ou não de tratamentos ou terapias experimentais.

Pelos termos do referido artigo fica evidente que o conteúdo maior dirige-se a limitações de tratamentos, embora se reitere que o objeto pode ser direcionado, ao contrário, para a manutenção dos esforços terapêuticos.

Profissionais médicos, em especial os ligados às unidades de terapias intensivas e a tratamento de doenças oncológicas, frequentemente estão frente a decisões relativas à limitação de terapias.

O termo «limitação de esforços terapêuticos» é objeto de crítica, em especial porque pode levar ao entendimento de que nada mais há a fazer. Em razão disso propôs-

Quando me encontrar incapaz para expressar a minha vontade autonomamente, em consequência do meu estado de saúde física e/ou mental, e se verificarem uma ou mais das seguintes hipóteses: (assinalar com um X as hipóteses aplicáveis) () Me ter sido diagnosticada doença incurável em fase terminal () Não existirem expectativa de recuperação na avaliação clínica feita pelos membros da equipa médica responsável pelos cuidados, de acordo com o estado da arte () Inconsciência por doença neurológica ou psiquiátrica irreversível, complicada por intercorrência respiratória, renal ou cardíaca () outras: [...].SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSepe). **RENTEV**: Registo Nacional de Testamento Vital....

⁹³⁶ Mais detalhamento no texto já indicado no capítulo segundo. *Cfr.* RICH, Ben A. Advance..., p. 88.

se a utilização da expressão «adequação de medidas», que permite reafirmar valores éticos e humanos na assistência às pessoas em estado terminal ou vegetativo persistente⁹³⁷.

A adequação de esforços terapêuticos não está adstrita a um único ato, mas a uma decisão que pode indicar a não utilização ou mesmo a suspensão de tratamentos, dentre os quais, os ligados a suportes vitais⁹³⁸.

Todos os órgãos sem os quais não há continuidade da vida são órgãos vitais. Em alguns casos há suporte artificial que pode manter a atividade, como, por exemplo, a ventilação mecânica para suprir ou auxiliar na respiração.

Assim, suporte vital é todo o suporte necessário para a manutenção das funções vitais do corpo humano. É considerada terapia potencialmente benéfica, sem a qual o paciente possivelmente vai a óbito. Podem ser de alta complexidade, como a reanimação e nutrição parenteral, ou de baixa complexidade, como a aplicação de quimioterapia e radioterapia⁹³⁹. Alguns desses suportes, mesmo quando utilizados por longo período, podem manter relativa qualidade de vida, como é o caso, por exemplo, da diálise⁹⁴⁰.

⁹³⁷ Nesse sentido referências em: GOMES, Henrique de Alencar et al. Limitação de esforços terapêutico na pessoa com lesão encefálica grave. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 2, p. 283, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/10.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁹³⁸ “La limitación de esfuerzos terapéuticos (LET), que algunos prefieren llamar adecuación, no se refiere a una sola decisión, sino a una amplia gama de tratamientos y procedimientos médicos que se pueden iniciar o no, y que una vez iniciados se pueden continuar o suspender cuando el enfermo está ante una muerte inminente. Lo más difícil no es la suspensión de tratamientos complementarios o de dudosa utilidad, sino el retiro de medidas de soporte vital, por cuanto esta acción probablemente se seguirá de la muerte del enfermo. Entre las diferentes medidas de soporte vital la que mayor dificultad produce a familiares, a médicos y otros miembros del equipo profesional es el retiro de la ventilación mecánica (VM). Las incertidumbres y temores son diversas, combinándose de diferente manera entre ellas. Frente a este tipo de decisión, muchos presentan una comprensible angustia, algunos tienen dudas o prejuicios morales, mientras otros manifiestan interrogantes legales o inseguridad acerca de cómo resolver los aspectos prácticos”. (Livre tradução: “A limitação do esforço terapêutico (LTE), que alguns preferem chamar de adequação, não se refere a uma única decisão, mas a uma grande variedade de tratamentos e procedimentos médicos que podem ser iniciados ou não, e que, uma vez iniciados podem continuar ou suspender quando o paciente está diante de uma morte iminente. O mais difícil não é a suspensão de tratamentos complementares ou de valor questionável, mas a retirada de suporte de vida, porque a essa ação se seguirá, provavelmente, a morte do paciente. Entre as várias medidas de suporte vital, a de maior dificuldade para os membros da família, médicos e outros membros da equipe de profissionais é a remoção de ventilação mecânica (VM). Incertezas e medos são diversos, combinados de forma diferente entre eles. Confrontado com este tipo de decisão, muitos têm uma ansiedade compreensível, alguns têm dúvidas ou preconceitos morais, enquanto outros manifestam questões jurídicas ou insegurança sobre como resolver os aspectos práticos”). BECA I, Juan Pablo et al. Diez mitos sobre el retiro de la ventilación mecánica en enfermos terminales. **Rev. Med. Chile**, Santiago, n. 138, p. 639-644, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872010000500016>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

⁹³⁹ Cfr. SCRIGNI, Adriana. Bioética e problemas de fim de vida: uma experiência de limitação do suporte vital em um hospital de alta complexidade. In: PESSINI, Léo et al (Org.). **Ética e bioética clínica no pluralismo e diversidade**: teorias, experiências e perspectivas. São Paulo: Idéias e Letras, 2012. p. 219.

⁹⁴⁰ Gracia refere que “o tratamento da insuficiência renal tem sido um dos grandes êxitos da medicina nas últimas décadas. De fato, ele supôs o começo da substituição de funções vitais por meios mecânicos, o que

Outros podem ser bastante agressivos e, por vezes, não agregar benefícios à situação do paciente, em especial quando em estado crítico.

A não oferta ou retirada desse suporte vital implica na intenção explícita de não substituir o tratamento por outro equivalente. É eticamente aceitável apenas quando as medidas terapêuticas em questão sejam fúteis e venham em prejuízo da qualidade de vida do paciente⁹⁴¹.

Trotta e outros relatam que a limitação de suporte vital é objeto de debates desde 1970, e é utilizada de forma frequente em UTIs pediátricas em vários países, como Estados Unidos e Canadá, com atuais recomendações de que a tomada de decisão seja conjunta entre o médico e paciente ou seus familiares⁹⁴².

Desses suportes vitais, o que parece causar maiores problemas é o suporte de ventilação mecânica. Beca e outros sustentam a possibilidade de não iniciar ou de retirar a ventilação mecânica, rebatendo mitos que acabam por causar dificuldade de tratar dessa possibilidade, deixando claro que não é a retirada do suporte que causa a morte, mas a situação clínica do paciente⁹⁴³.

permitiu converter uma doença aguda e necessariamente fatal, a insuficiência renal, em um processo crônico perfeitamente compatível com a vida e com uma mais que aceitável qualidade de vida". GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010. p. 347.

⁹⁴¹ Gonçalves apresenta exemplos que podem elucidar a questão: "um exemplo de não oferta de suporte vital seria não indicar suporte ventilatório para um paciente em fase terminal de doença neuromuscular, porque a ventilação mecânica neste caso apenas adiaria o processo já instalado de morte do paciente, sem contribuir em nada para a cura ou melhora da sua doença ou conforto do paciente e agregar ônus, em todos os sentidos". Ao tratar da retirada do suporte vital, por sua vez, exemplifica: "... a retirada de inotrópicos em um paciente com falência de múltiplos órgãos por sepse. Neste caso, o paciente evoluiria inevitavelmente para o óbito. A retirada do suporte vital apenas evitaria o prolongamento de um sofrimento inútil do paciente e de sua família". GONÇALVES, José Antônio Saraiva Ferraz. **A boa-morte...**, p. 44.

⁹⁴² A pesquisa tinha por objeto o atendimento em UTIs pediátricas. Referem os autores: "Desde a década de 1970, a limitação de suporte de vida (LSV) vem sendo discutida como uma forma de oferecer uma morte digna a pacientes fora de possibilidades terapêuticas. Passados 20 anos, a LSV já era o modo de morrer mais frequente em unidades de terapia intensiva (UTI) pediátricas norte-americanas, canadenses e de vários países da Europa. Em 2008, após a *Internacional Consensus Conference on End-of-Life Care* ter recomendado que a tomada de decisão sobre o cuidado de final de vida fosse conjunta entre o médico e o paciente ou sua família, o *American College of Critical Care Medicine* ampliou a recomendação para decisões centradas na família e compartilhadas com a equipe multiprofissional. A tomada de decisão compartilhada é principalmente adotada por UTIs canadenses e americanas, nas quais a participação dos familiares foi descrita em mais de 85% dos casos. Em vários países do sul da Europa, assim como da América do Sul, nas UTI pediátricas predomina o modelo paternalista de tomada de decisão, com as decisões centradas no médico, com baixa participação de familiares e enfermeiros".

TROTTA, Eliane et al. Percepção de profissionais de saúde sobre o processo de tomada de decisão na assistência a pacientes pediátricos. **Rev Bras Ter Intensiva**, v. 28, n. 3, p. 335-340, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbti/v28n3/0103-507X-rbti-28-03-0335.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016. p. 336.

⁹⁴³ Os autores identificam dez mitos quanto a não iniciação ou retirada de suporte de ventilação mecânica rebatendo um a um. Desses se destaca a referência de que a retirada da ventilação mecânica, nos casos terminais, não é o que causa a morte, a qual é decorrência da enfermidade. No original: "1. Retirar la

Outra importante limitação a ser tratada é a ordem de não reanimar o paciente (ONR). Pode ser indicada como a primeira forma de limitação de tratamento. Significa que se houver uma parada cardiorrespiratória súbita, não serão implantadas manobras clássicas de ressuscitação cardiopulmonar.

A ressuscitação cardiopulmonar (RCP) tem por objetivo evitar ou reverter a parada cardiorrespiratória (PCR) de pacientes com as funções respiratórias e circulatórias ausentes ou gravemente comprometidas, promovendo a sua normalização. Em pacientes terminais, quais sejam os que se encontram em processo irreversível de morte, a RCP está contraindicada por ser fútil, podendo prolongar a vida, mas não raro com sofrimento. Além disso, pode ocasionar danos neurológicos severos que irão se agregar no quadro terminal do paciente⁹⁴⁴.

Segundo Putzel e outros, a ONR faz parte do Código de Ética Médica da Associação Americana desde 1992, e o atendimento das ordens nesse sentido predomina em vários países. Para os autores, a não reanimação de pacientes em fase terminal *“constitui ato humanístico que visa atender ao princípio bioético da não*

ventilación mecánica produce la muerte del enfermo: La causa de muerte no es la suspensión de medidas de soporte vital que, en esta situación, sólo prolongan la agonía, sino la enfermedad de base que ha llegado a una etapa final y ya no puede ser revertida. Desde el punto de vista ético, más bien se puede considerar que no suspender la VM en estas condiciones atenta contra el bienestar y la dignidad del enfermo, lo cual estaría contraindicado. La suspensión o retiro de la ventilación mecánica constituye una manera de permitir la muerte del enfermo y no de producirla. La intención del acto es evitar la prolongación del sufrimiento o agonía del enfermo y no acelerar su muerte que, a causa de la evolución de la enfermedad, ha llegado a ser inevitable”. (Livre tradução: “Retirar a ventilação mecânica produz a morte do enfermo: A causa da morte não é a suspensão das medidas de suporte vital que, nestas situações só prologam a agonia, senão que a enfermidade de base que chegou na etapa final e já não pode ser revertida. Do ponto de vista ético, ao contrário, se pode considerar que não suspender a VM nestas condições atenta contra o bem-estar e a dignidade do paciente, o que estaria contraindicado. A suspensão ou retirada da ventilação mecânica é uma maneira de permitir a morte do enfermo e não de produzi-la. A intenção do ato é evitar o prolongamento do sofrimento e agonia do enfermo e não acelerar sua morte que, em razão da evolução da enfermidade, tornou-se inevitável”).

Os autores concluem que tais decisões deveriam ser encaradas com maior tranquilidade, quando são com vistas ao bem-estar do paciente: “La sensación de fracaso que puede generar la muerte de un paciente irrecuperable debería dar paso a la tranquilidad de conciencia cuando, después de hacer todo lo técnicamente posible, se ha tomado la decisión de limitar tratamientos y, en algunas ocasiones, retirar la ventilación mecánica. Mirado de esta manera, ayudar a morir en paz y aliviar el sufrimiento del enfermo y su familia deberían ser para el médico acciones tan gratificantes como evitar la muerte de un enfermo curable”. (Livre tradução: “A sensação de fracasso que a morte de um paciente irrecuperável pode gerar deveria dar lugar a paz de espírito quando, depois de fazer tudo o que é tecnicamente possível, se tomou a decisão de limitar tratamentos e, em algumas situações, retirar a ventilação mecânica. Visto desta forma, ajudar a morrer em paz e aliviar o sofrimento do paciente e de sua família deveriam ser para o médico ações tão gratificantes como evitar a morte de um doente que possa ser curado”). BECA I, Juan Pablo et al. Diez..., pp. 640 e 643.

⁹⁴⁴ Cfr. KIPPER, Délio José. **Final...**, pp. 34 e 37.

maleficência, com a finalidade precípua de minimizar o sofrimento humano e evitar a prática de distanásia” ⁹⁴⁵.

O modelo de diretivas elaborado pelo Ministério de Saúde português, disponibilizado no site do SPMS, apresenta lista sequencial para ser assinalada pela pessoa, prevendo tanto a possibilidade de recusa como de aceitação de tratamentos ⁹⁴⁶.

O primeiro dos itens diz respeito, exatamente, com a recusa de reanimação cardiorrespiratória e, o segundo, com a oferta de suportes invasivos de funções vitais.

Não raro, quando há a necessidade de uma ressuscitação cardiorrespiratória, será também necessária a utilização da ventilação mecânica. Sua utilização, em regra, é temporária, permitindo a recuperação gradual do órgão natural. Contudo, pode ser necessária a manutenção por período indeterminado, o que aliado a situações de fim de vida poderá configurar-se como tratamento fútil.

Nesse item específico fica claro o problema da descontextualização da indicação. Ou seja, a utilização de um suporte artificial de função vital pode ser benéfica ao

⁹⁴⁵ Os autores fornecem outros dados e debatem a questão no cenário brasileiro: “Na Europa, entre 50 a 60% dos pacientes que foram a óbito de maneira não súbita em hospitais de países como Holanda, Suíça, Dinamarca e Suécia declararam decisão individual de não reanimação. Contudo, o panorama mundial relativo à conduta dos profissionais não é uniforme, devido ao fator cultural diferenciado e a falta de consenso e diretrizes globais. [...] Não foram encontradas normas éticas específicas sobre ONR vigentes no Brasil, mas o procedimento é evidente nos hospitais, conforme atestam registros em prontuários”. PUTZEL, Elzio Luiz et al.. Ordem de não reanimar pacientes em fase terminal sob a perspectiva de médicos. **Revista Bioética**, v. 24, n. 3, p. 596-602, 2006. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1139/1570>. Acesso em: 20 dez. 2016.

⁹⁴⁶ CUIDADOS DE SAÚDE A RECEBER/NÃO RECEBER - Assim, manifesto a minha vontade clara e inequívoca de:

- ☐ Não ser submetido a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais
- ☐ Não ser submetido a medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte
- ☐ Participar em estudos de fase experimental, investigação científica ou ensaios clínicos
- ☐ Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental
- ☐ Recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos
- ☐ Interromper tratamentos que se encontrem em fase experimental ou a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos, para os quais tenha dado prévio consentimento
- ☐ Não autorizar administração de sangue ou derivados
- ☐ Receber medidas paliativas, hidratação oral mínima ou subcutânea
- ☐ Serem administrados os fármacos necessários para controlar, com efetividade, dores e outros sintomas que possam causar-me padecimento, angústia ou mal-estar
- ☐ Receber assistência religiosa quando se decida interromper meios artificiais de vida
- (crença: _____)
- ☐ Ter junto de mim, por tempo adequado e quando se decida interromper meios artificiais de vida, a pessoa que aqui designo: _____(nome), _____(contacto).

SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSepe). **Diretiva Antecipada de Vontade**

(DAV). Disponível em: <http://spms.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/05/Rentev_form_v0.5.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2015.

paciente, como pode ser dolorosa e degradante, dependendo das circunstâncias concretas.

A indicação de «não ser submetido a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais» é muito genérica e pode não estar adequada à situação em que o paciente venha a se encontrar.

Já se referiu que integra o conteúdo de uma diretiva a situação clínica na qual será aplicada. Não é demais repisar que os tratamentos solicitados ou recusados devem ser conjugados com a situação prevista, evitando que em situações normais, nas quais as terapias e tratamentos são benéficos, possam ser interpretados como de não utilização.

Outra circunstância que se apresenta é a possível divergência entre os itens indicados, que podem ou não estar interligados entre si. Por exemplo, na hipótese em que a pessoa esteja disposta a se submeter a uma reanimação cardiorrespiratória, há uma grande possibilidade da necessidade de utilização de ventilação mecânica. Assim, não assinalar o primeiro dos itens do modelo (não ser submetido a reanimação cardiorrespiratória) indicando que aceita a reanimação e assinalar o segundo (não ser submetido a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais) que implica a utilização de, por exemplo, ventilação mecânica, poderia gerar questionamento sobre qual seria a real intenção do declarante.

É claro que pode ser necessária a ventilação mecânica na sequência de uma doença, sem que tenha ocorrido necessidade de reanimação cardiorrespiratória. Como também pode ocorrer a reanimação e o paciente não necessitar do suporte vital, ou que sua utilização seja breve. Porém, como as indicações são objetivas, estas não permitem maiores objeções ou comentários.

Verifica-se do exposto que a marcação de uma diretiva nos moldes apresentados, embora possa ter a vantagem de facilitar sua confecção e mesmo sua leitura pode, ao contrário, impor maiores questionamentos e dificultar sua interpretação.

A previsão de não autorização de administração de sangue ou derivados, destinada às «testemunhas de Jeová», nitidamente valoriza a liberdade de crença⁹⁴⁷. Versa sobre uma situação bastante peculiar, mas difundida, em razão do trabalho realizado por parte dos seguidores, com vistas ao respeito às deliberações decorrentes de suas crenças religiosas. Trata-se de uma objeção específica, devidamente motivada.

⁹⁴⁷ Cfr. NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová**: como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo: ACTC, 2009. p. 17.

Para esse fim, a indicação objetiva na diretiva apresenta vantagens. Há uma negativa geral que não suscita maiores divergências.

Outras deliberações previstas dizem respeito à participação ou não em pesquisa de medicamentos ou terapias. No primeiro capítulo dessa tese relatou-se que a teoria do consentimento informado teve sua origem na área investigativa, muito em decorrência dos abusos realizados em pesquisas com seres humanos e que ganharam evidência no pós-guerra.

As áreas assistencial e investigativa cruzam-se na medida em que o paciente em tratamento pode ser o sujeito de pesquisa. O consentimento do paciente em se submeter a esses tratamentos experimentais, sem comprovação científica associada, é relevante para evitar a utilização da pessoa como um mero objeto em favor da ciência.

A investigação biomédica deve completar alguns níveis até que se possa ter um medicamento ou outra terapia como aprovada. Na primeira fase, pré-clínica, os testes são feitos em laboratório, no geral com animais. Apenas em uma segunda fase inicia-se a testagem clínica com seres humanos, que podem ser pessoas saudáveis ou doentes. A experimentação terapêutica é, pois, aquela que se realiza com o paciente.

A testagem deverá passar por várias fases, aumentando progressivamente o número de pessoas envolvidas, na medida em que se vai obtendo resultados pretendidos⁹⁴⁸.

O doente é um possível sujeito de pesquisa como, por exemplo, na hipótese de testagem de novos medicamentos em pacientes com câncer. Entrarão em campo, então, as regras atinentes às pesquisas clínicas, que realçam a importância do consentimento esclarecido, além de exigir que o benefício buscado não seja alcançado por terapias e medicamentos que já se encontrem à disposição.

Os art. 2º, 2, “d” e “e” da lei portuguesa referem tratamentos em fase experimental e programas de investigação científica ou ensaios clínicos, no que o modelo de diretiva explicita, prevendo tanto a possibilidade de participar como de recusar.

É certo que todas essas hipóteses encontram-se na área da pesquisa. Gafo descreve ensaio clínico como *“projetos de investigação planejados e programados para*

⁹⁴⁸ Gafo explica as fases I, II, III e IV das testagens clínicas resumindo: “A fase I avalia a tolerabilidade e a toxicidade do fármaco; a fase II centra-se na exploração da sua eficácia; a fase III centra-se na confirmação da sua eficácia e segurança; e, por fim, a fase IV estuda os efeitos a longo prazo”. GAFO, Javier. **Bioética**. p. 324.

*avaliar, numa amostra de pacientes, a eficácia e a segurança de um tratamento terapêutico (seja farmacológico, cirúrgico ou por radioterapia...) relativamente a uma patologia", concluindo que os termos ensaio clínico, experimentação ou investigação terapêutica podem ser considerados como sinônimos*⁹⁴⁹.

Não há como propriamente se separar as hipóteses referidas. Ensaio clínico é, na verdade, a metodologia que pode ser utilizada para uma pesquisa. Essa pesquisa poderá, por sua vez, ser realizada para um tratamento experimental ou apenas para comparar a eficácia de tratamentos já aprovados, verificando qual o de maior eficiência.

Importante ter claro que tratamento experimental é todo aquele que ainda está em fase de pesquisa e, como tal, não tem resultado comprovado. Contudo, o benefício associado para um paciente, em especial quando outras terapias não tiveram êxito, pode ser bem maior do que os riscos. Assim, é possível que a pessoa esteja disposta a se submeter a um tratamento experimental, participando ou não da pesquisa.

Naturalmente que o sujeito doente, ainda que mantenha sua autonomia, pode encontrar-se mais sensível e mesmo vulnerável, pelo que redobrados cuidados devem ser tidos na obtenção do seu consentimento.

Em termos de consignação da opção pelo tratamento nas diretivas, é importante a contextualização e a observação das regras que delineiam toda a atividade de pesquisa em seres humanos. Ou seja, existindo tratamentos aprovados que obtenham o mesmo resultado, a indicação genérica do paciente de que se dispõe a participar de experimentação terapêutica não pode direcioná-lo como sujeito de pesquisa, aproveitando-se da sua incapacidade de manifestação, pois se estaria indo contra o respeito devido à pessoa humana.

Assim, se houver a negativa em participar de todo e qualquer processo de experimentação é válida a marcação, por se constituir em uma recusa objetiva, devidamente fundada, pois se está no campo de medicamentos ou terapias ainda não aprovadas, por mais avançada que já possa estar a pesquisa. Outros ensaios clínicos que não em fase de experimentação, bem como a opção pela participação em pesquisas terapêuticas, exigirão sua contextualização.

Por fim, a solicitação por cuidados paliativos é uma das mais importantes indicações. Demonstra o reconhecimento de que, se a pessoa estiver em estado terminal, não tem interesse em tratamentos agressivos, mas sim de cuidados e manejo da

⁹⁴⁹ Cfr. GAFO, Javier. **Bioética...** p. 322.

dor e sofrimento. Deve-se partir do conceito de que nenhuma pessoa quer sofrer e os cuidados paliativos estariam então vinculados à ideia de qualidade de vida e morte digna⁹⁵⁰.

Possivelmente o maior medo seja o de sentir dor. A dor, especialmente quando crônica, desestabiliza a pessoa, gera outros sintomas físicos e mesmo problemas psicológicos⁹⁵¹. Assim, o correto manejo da dor permite que as pessoas tenham um fim de vida com qualidade. Trata-se da área que merece maior atenção, pois acredita-se que a pessoa bem atendida nessa fase final não tenha nenhuma intenção de abreviar sua vida.

Disso se conclui que objeções específicas a um determinado tratamento podem constar do documento de forma objetiva. Já situações das quais a pessoa estaria disposta a se submeter, recusar ou suspender, dependendo das circunstâncias, devem ser indicadas dentro de uma determinada contextualização que permita as adequações do que pretende, com a situação real na qual venha a se encontrar.

4.5.3 Indicações gerais

A apresentação das diretivas como um formulário no qual são assinalados os tratamentos que pretende ou não se submeter tem suas vantagens pela facilidade de serem feitas, bem como porque as hipóteses indicadas permitem às pessoas o conhecimento de situações possíveis com as quais poderão se deparar.

Porém, como as hipóteses são muito abrangentes e genéricas, na sua aplicação prática podem suscitar dificuldades de interpretação da real intenção do paciente.

⁹⁵⁰ Nesse sentido, o resultado de pesquisa realizada junto a anesthesiologistas da Sociedade de Anestesiologia do Estado da Paraíba (SAEPB), sobre a qual já se referiu. Em respostas ao questionamento «palavra que expressa CP» foi apontado o termo «qualidade de vida» com 65,3% e «morte digna» 25,3, com pequeno escore para termos como dor (2,1%), ortotanásia (4,2%) e família (1%). SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos et al. Avaliação..., p. 375.

⁹⁵¹ A descrição apresentada por Gonçalves merece ser reproduzida, pois demonstra com clareza todos os problemas que podem ser desencadeados: “A dor crônica quando não convenientemente tratada, como muitas vezes acontece, interfere com o sono, com o apetite, provoca irritabilidade, dificuldade de concentração, dificuldade em resolver assuntos pendentes, etc. Ocorrem com frequência muitos outros sintomas físicos de que se podem destacar: astenia, anorexia, xerostomia, náuseas, vômitos, obstipação, tosse, dispneia, prurido, soluços, tonturas, problemas urinários, edemas. Os factores psicológicos como depressão, ansiedade, alteração do sono, irritabilidade, dificuldade de concentração, pesadelos, delirium, são, por sua vez, influenciados pela presença de doença avançada, sintomas físicos (especialmente a dor), incapacidade, sentimentos de frustração e desespero, problemas económicos, falta de suporte familiar e outros”. GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte**..., p. 145.

As hipóteses previstas são indicadas de forma genérica, mas ainda assim tão objetivas que não permitem outras considerações. A recusa a um tratamento em fase experimental, por exemplo, poderia ser direcionada apenas àqueles que impusessem dor e aceita se não houvessem reações adversas.

É possível que a pessoa aceite um suporte vital invasivo se sua utilização for temporária, mas se negue a permanecer entubado se a sua utilização mostrar-se inútil e dolorosa ou for superior a um determinado tempo.

Mesmo a opção por cuidados paliativos pode ser direcionada para atendimento em casa, hospitais ou espaços próprios apenas para esse fim e ainda com solicitação de sedação ou não⁹⁵².

É nesses termos que indicações de caráter mais subjetivo que permitissem avaliar o aceite ou a recusa do tratamento no momento em que se fizesse necessário poderiam ser mais úteis do que a mera indicação de aceite/recusa deste ou daquele tratamento.

Como se verificou no exame dos acórdãos realizados no capítulo primeiro desta tese, a vontade dos pacientes foi recriada de forma presumida, considerando os valores e conceitos desenvolvidos ao longo da vida, que permitiram concluir que os pacientes não concordariam em permanecer na situação de estado vegetativo na qual se encontravam.

Importante reforçar que as diretivas antecipadas são instrumentos que estarão disponíveis para pessoas maiores e capazes, a quem foi assegurada a liberdade de desenvolvimento da personalidade de acordo com seus ideais e valores, que podem ser refletidos nesse momento de exercício da autonomia pessoal.

As manifestações genéricas também podem gerar problemas na sua interpretação. Permite, porém, identificar valores, tradições, interesses, desejos e vínculos, que a bioética complexa denomina de sistema não racional, o qual tem sempre grande influência na tomada de decisão, conforme já se referiu no item 1.4 desta tese.

⁹⁵² Camargo relata situação vivenciada com paciente e familiares, do que conclui que por vezes o que a equipe médica entende por melhor pode não estar de acordo com o que o paciente quer: “Quando comuniquei à esposa que pretendíamos sedá-lo para interromper a angústia inútil, ela me disse: “Por favor, não. Estávamos falando e ele me disse umas coisas tão bonitas! Não interrompa essa conversa, por favor!”. Horas depois, quando voltei ao quarto, ele tinha acabado de morrer e ela me abraçou e, carinhosamente, agradeceu: “Obrigado doutor. Por sua generosidade, nós tivemos a segunda melhor noite das nossas vidas!” Apreendi, neste dia, o quanto sabemos pouco do que é melhor para cada pessoa no ocaso do seu universo único e intransferível”. CAMARGO, J.J. A noção de morte digna. **Zero Hora**, Porto Alegre, n. 1254, p. 2, 12 dez. 2015. (Caderno Vida).

Enquanto os referenciais teóricos ingressam de forma geral nas decisões de fim de vida, o sistema de crenças tem caráter individual, influenciando na decisão pessoal em cada caso, permitindo o direcionamento da ação de forma a respeitar a autonomia pessoal e valorizar a dignidade. Nesse sentido, torna possível, por exemplo, pretender alguns meses de vida no desejo de ver o casamento de um filho, a formatura de um neto, ou seja, situações da vida cotidiana que podem conduzir a vontade do paciente para uma ou outra decisão.

Em pesquisa realizada por Nunes e outros, já referida no item 2.3.4, foi constatado que a maioria das pessoas gostaria de expressar suas preferências de maneira geral⁹⁵³.

Desta forma, mesmo os formulários devem considerar espaços para manifestações desse porte, possibilitando a pessoa contextualizar as suas decisões.

4.5.4 Nomeação de representante

As diretivas permitem, também, a indicação de pessoa que atuará como representante, nos limites que a representação possa ter quando os poderes transferidos dizem respeito a decisões de caráter existencial.

Pona refere que, enquanto a apresentação de diretrizes de cuidados de saúde encampa um modelo de autonomia pura, a indicação do representante é um modelo de decisão substituta⁹⁵⁴. A decisão do representante, contudo, deve sempre respeitar a vontade e ser direcionada para o melhor interesse do representado⁹⁵⁵.

Nos Estados Unidos veio previsto o instrumento que indica um «procurador com poderes duradouros». A legislação portuguesa optou por chamar a figura como «procurador para cuidados de saúde», subsidiando-se no regramento da representação voluntária prevista nos artigos 262º e seguintes do Código Civil português.

No que diz respeito à representação voluntária, é necessário fazer a distinção entre esta e o mandato. Cordeiro analisa a evolução do instituto, referindo que apenas

⁹⁵³ Cfr. NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas...*, p. 249.

⁹⁵⁴ Cfr. PONA, Éverton Willian. **Testamento...**, p. 269.

⁹⁵⁵ Diz o autor: “O julgamento substituto, a seu turno, pode tanto procurar respeitar o modelo da pura autonomia, como no testamento vital, quando o decisor busca a reconstrução da vontade do paciente e toma as decisões de acordo com essa vontade (da maneira como o indivíduo decidiria se pudesse se expressar), como pode orientar-se pelo padrão de decisão conforme os melhores interesses do paciente (quando, nas situações concretas, são analisados os riscos, custos e benefícios do eventual tratamento)”. PONA, Éverton Willian. **Testamento...**, p. 269.

em meados do século XX é feita uma clara contraposição entre estes institutos, acolhido no Código Civil português de 1966⁹⁵⁶. A distinção importa particularmente na análise da procuração para cuidados de saúde, pois, a considerar o seu objeto, fica claro que se trata de um instrumento para a indicação de um representante, sem natureza de contrato, como ocorre no mandato⁹⁵⁷.

A representação pressupõe que o representante atue em nome e por conta do representado, utilizando-se de poderes voluntariamente concedidos⁹⁵⁸. A representação voluntária, pois, tem por base a concessão de poderes de representação que estejam na esfera de autonomia do representado, que as transmite ao representante⁹⁵⁹. O representante deve atuar no limite dos poderes concedidos e produz seus efeitos na esfera jurídica do representado de forma imediata e automática.

⁹⁵⁶ Refere o autor: “A penetração do pensamento pandectista, a propósito da representação foi, entre nós, relativamente lenta. Num primeiro momento apenas podemos sublinhar a passagem de certos desenvolvimentos exegéticos da área do mandato para a dos artigos 645º e 646º. [...] Apenas em meados do século XX, Inocêncio Galvão Telles ensinando a matéria dos contratos e Ferrer Correia, estudando o tema da procuração, procederam a uma clara contraposição entre esta e o mandato. [...] O Código Civil de 1966, no termo de toda esta evolução, acolheu o sistema germânico da distinção entre procuração, fonte da representação – art. 262º e seguintes – e o mandato, a modalidade de contrato de prestação de serviço – artigos 1157º e seguintes- que pode ser com ou sem representação – artigos 1178º e seguintes e 1180º e seguintes respectivamente. De todo o modo, a passagem dum modelo de tipo napoleónico para o germânico não implicou sobressaltos nem operou passivamente”. CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do Direito Civil**. I: aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 175-176.

⁹⁵⁷ Ascensão esclarece que a representação diferencia-se do mandato, embora deva-se reconhecer certa similaridade entre elas. De toda sorte, do que é exposto, constata-se que em verdade não há negócio entre as partes, ficando claro que o procurador para cuidados de saúde é efetivamente um representante. Leciona Ascensão: “Só penosamente se chegou à distinção entre representação voluntária e mandato. No século XIX confundiram-se as duas figuras. Deve-se a Laband a distinção, que está consumada na doutrina moderna. O atual Código separa claramente as figuras. Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra (art. 1157). A possibilidade de confusão resulta, como se vê, de a representação se reportar também à prática de atos jurídicos. E efetivamente, com grande frequência o mandatário é simultaneamente representante. Mas a ligação não é fatal e a lei regula aliás em separado o mandato com representação (art. 1178) e o mandato sem representação (art. 1180). Com efeito, o mandatário pode não ser representante”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral** 2..., pp. 221-222.

⁹⁵⁸ Cordeiro resume: “1. Na representação impõe-se, fundamentalmente, três requisitos: -*uma actuação em nome de outrem*: o representante deve agir esclarecendo a contraparte e os demais interessados que o faz para que os efeitos de sua actuação surjam na esfera do representado; se o representante não invocar expressamente essa sua qualidade já não haverá representação; -*por conta dele*: o representante, além de invocar agir em nome de outrem, deve fazê-lo no âmbito da autonomia privada daquele: actua como o próprio representado poderia, licitamente, fazê-lo; actua como o próprio representado poderia, licitamente, fazê-lo, não há representação, por exemplo, quando o tribunal executa especificamente, nos termos do art. 830º do Código Civil, um contrato-promessa; tão-pouco há representação quando alguém trata dos seus próprios negócios, mas usando um nome falso; -*e dispondo o representante de poderes para o fazer*: tais poderes podem ser legais ou voluntariamente concedidos pelo representado; mas têm de existir”.

CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização...**, p. 177.

⁹⁵⁹ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização...**, p. 178.

Esses poderes são conferidos por meio do documento de procuração, que se perfectibiliza pela manifestação de vontade do declarante, que está a indicar quem o representa e os poderes que lhe confere.

Quando se fala em representação voluntária remete-se para a procuração. Cordeiro identifica no termo um duplo sentido, qual seja *“traduz o negócio pelo qual se confirmam, a alguém, poderes de representação e exprime o documento onde esse negócio tenha sido exarado”*⁹⁶⁰.

Procuração, assim, traduz tanto o negócio jurídico de que se fala, como o próprio documento que a comprova. Uma diretiva antecipada pode se limitar a essa indicação ou cumular com diretrizes de tratamentos. A prova da representação é, portanto, o documento que contiver essa nomeação.

Em caso de cumulação, um mesmo documento conterá os enunciados relativos às diretrizes e a nomeação do representante, formando um texto único. Limitado a essa, conterá, portanto, apenas a indicação da pessoa que responderá pelos cuidados médicos deste paciente.

Como a recomendação da diretiva é para que seja por escrito, é esse mesmo documento a prova da representação, a ser apresentada a equipe médica. Salienta-se que no caso de registro, essa indicação constará no sistema.

Mesmo que limitado a indicação de representante, os elementos de constituição desse negócio observam as mesmas regras, assim como as recomendações quanto a forma, que deve ser escrita, sem outras formalidades.

Como negócio jurídico, a exemplo do que falamos com relação às diretivas antecipadas, trata-se também de um negócio unilateral, com total liberdade do representado na sua celebração e no conteúdo que expressa, ou seja, os poderes concedidos. A simples manifestação do representado é suficiente para a sua perfectibilização, não necessitando a anuência do representante para sua validade.

Com relação aos poderes conferidos, reitera-se que a transferência, na verdade, diz com direitos personalíssimos. O representante estará tomando decisões de cunho existencial, como é a recusa ou suspensão de tratamento, autorizada diante do contexto de fim de vida e da incapacidade que possa vir a gerar.

O declarante pode indicar o representante para responder por todas as decisões nesse momento, ou apenas para algumas delas.

⁹⁶⁰ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização...**, p. 183.

A cumulação com diretrizes específicas é medida salutar. Como já se referiu, a projeção de situações de fim de vida, além de ser um exercício psicológico difícil, pode não corresponder a real situação do momento em que deverá ser aplicada⁹⁶¹. O representante atuaria, então, para suprir lacunas e auxiliar na correta interpretação das diretrizes estabelecidas. É importante a conciliação das decisões do representante com as diretrizes apresentadas, pois não haveria lógica que a pessoa indicasse os tratamentos que aceita ou recusa e nomeasse alguém para se manifestar que pudesse decidir de forma contrária. Nesse sentido, as diretrizes estabelecidas serviriam como limites tácitos aos poderes do representante⁹⁶².

De toda sorte, o declarante pode sempre limitar os poderes do representante, determinando expressamente que atuará na integração, auxílio e interpretação das demais cláusulas que estabelecer, ou indicando situações específicas em que atuará.

Assim, a indicação de uma pessoa que compartilhe de valores e ideais similares, e com quem se tenha liberdade para falar sobre temas como morte e morrer, permitiria adequar às hipóteses previstas com as situações reais, preservando-se a vontade do manifestante e suprimindo as lacunas.

Nas manifestações conjuntas, o procurador agiria mais como a figura do testamenteiro, quais sejam, como o executor, com o dever de fazer cumprir as disposições que constam do testamento. O representante assim constituído velaria pelo

⁹⁶¹ Raposo, sustentando as vantagens da figura do procurador para cuidados de saúde, também reconhece que o contexto com o qual o médico se depara pode ser tão inusitado que o declarante jamais tenha pensado nessa hipótese. *Cfr.* RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 175, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Directivas_Antecipadas_de_Vontade_-_Em_Busca_da_Lei_Perdida.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁹⁶² Pona identifica dois documentos distintos que podem coexistir, apresentados em um mesmo instrumento ou em instrumentos separados. Nesse passo, cabe referir que essa tese identifica um negócio jurídico que pode conter duas ou mais cláusulas, nas quais se inclui indicações de cuidados médicos e nomeação de representante. O documento referido pelo autor seria apenas o suporte físico desse negócio, que poderia sim conter as duas cláusulas em um mesmo instrumento, ou cada cláusula em um instrumento diverso, que, ainda assim, se houvesse unicidade de agente e objeto, seriam parte do mesmo negócio jurídico e deveriam ser interpretados dessa forma.

Dito isso, concorda-se com o autor quando esse refere a necessidade de encadeamento quando houver tanto a indicação de diretrizes de tratamento, quanto a nomeação de procurador, embora tenha-se claro que, independente de limites expressos nos poderes conferidos, as diretrizes expostas já servem como limites à atuação do representante. Refere o autor: “A coexistência implica conciliar as suas disposições de modo a evitar contradições, pois não parece possível alguém dispor específica e diretamente quais tratamentos deseja e nomear representante com poderes para a total decisão. Nesses casos, os limites dos poderes de representação podem ser estabelecidos pelo indivíduo, limitando, por exemplo, a atuação do procurador à garantia do cumprimento do testamento vital, sua integração no caso de situações não previstas ou o auxílio na sua interpretação, no caso de eventuais dúvidas”. PONA, Éverton Willian. **Testamento...**, pp. 269-270.

cumprimento das vontades do manifestante, assim como decidiria como integrá-las nos casos de novos procedimentos da ciência médica.

Se a diretiva contiver apenas a indicação do procurador, caberá a ele as deliberações de cuidados, ainda que deva manifestar-se de acordo com os valores e as decisões que o representado tomaria na situação em que se encontra, caso pudesse se manifestar.

Em uma situação ou outra haverá própria representação. O procurador atuará como representante e não mero núncio⁹⁶³. Isso porque, quer integrando as diretrizes constantes da cédula, quer tomando a frente nas decisões dos cuidados necessários, não será um mero comunicador da vontade.

Como identifica Almeida, nas declarações de vontade emitidas por representante este é o declarante, ou seja, aquele que emite a vontade com certa autonomia, mesmo quando essa autonomia esteja limitada aos termos da representação. O núncio age apenas como um meio de transmissão dessa mensagem, por isso não pode ser considerado como um representante⁹⁶⁴.

Tratam-se de decisões que dizem respeito ao corpo e à vida do representado, e como tal são personalíssimas. Questiona-se a possibilidade de transferência dessas decisões a um terceiro, representante. Deve-se considerar, porém, que na ausência de indicação por parte do representado, essas decisões seriam delegadas a terceiros, profissionais da saúde ou familiares, observando possivelmente uma ordem legal, que não confere garantia de afinidade e confiança com relação aos temas envolvidos nos cuidados de saúde e fim de vida. Poderia ainda, como é comum, haver divergências entre os familiares, que criariam embaraço desnecessário, ou mesmo disputas judiciais⁹⁶⁵.

⁹⁶³ Ao analisar a figura do núncio, aponta Ascensão: “Ele deve apenas reproduzir a vontade totalmente formada do autor do negócio. Nessa hipótese, o ato é do declarante. O exemplo mais flagrante surge-nos no impropriamente chamado «casamento por procuração» (arts. 1616, 1620 e 1621). Na realidade, não há casamento por procuração. O procurador não é o autor do ato, é um simples núncio, que declara a vontade do nubente. [...] Fora deste caso, discute-se se pode haver meros núncios, observando-se que também uma verdadeira procuração pode ser dada em termos vinculativos para o representante. De fato, enquanto houver um elemento de autonomia, há representação [...]. De todo o modo, o núncio não é representante, porque o seu domínio não é sobre o conteúdo da declaração, que não molda, mas quando muito sobre a oportunidade da sua transmissão. Diríamos assim que, entre as figuras que contemplamos, a nunciatura é a única em que o intermediário não surge como agente dum negócio jurídico de outrem”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral** 2..., pp. 207-208.

⁹⁶⁴ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 313.

⁹⁶⁵ Nesse sentido o acórdão analisado no capítulo primeiro desta tese referente a situação de Vincent Lambert, que em razão da disputa familiar (esposa e alguns irmãos x pais e outros irmãos) com inúmeros recursos.

A indicação voluntária de um representante surge como garantidora do exercício da autonomia pessoal, pois asseguraria essa indicação à própria pessoa. Presume-se que a pessoa indicada seja a mais próxima em termos de afinidades com esses temas, de forma que as manifestações e decisões que emitir terão o pressuposto de que são as manifestações que o paciente faria se tivesse condições.

Se as diretivas antecipadas geram efeitos exatamente no momento da superveniente incapacidade do paciente, a cédula do «mandato duradouro», que em regra é um complemento das diretivas, haverá de gerar seus efeitos no mesmo momento, com plena validade e eficácia.

A representação voluntária prevista no Código Civil português prevê a extinção desta quando cessa a relação jurídica que serve de base, o que equivale dizer que o mandato previsto na lei nº 25/2012 manteria sua validade e eficácia para as situações clínicas nas quais as diretivas teriam aplicação, mesmo diante da incapacidade do representado.

No sistema brasileiro, contudo, a forma de representação seria pelo mandato, daí porque necessário o reconhecimento da sua manutenção em caso de incapacidade do representado. O mandato em questão diz-se, pois, «duradouro», exatamente porque mantém sua validade e eficácia no advento da incapacidade da pessoa. Nisso, diferencia-se do mandato para negócios patrimoniais, tal como as diretivas antecipadas do testamento, que dispõem sobre bens para depois da morte⁹⁶⁶.

A validade e eficácia dessa representação decorrem exatamente da sua especialidade no mundo dos fatos humanos, trazidos para o mundo do direito, para ter execução ainda em vida do declarante/outorgante, excepcionando-se, nesse passo, do instituto do mandato para negócios e a validade que lhe é conferida.

A lei portuguesa exige para o representante a mesma capacidade do representado. Somente pessoas maiores e capazes poderão ser nomeadas como

⁹⁶⁶ Salienta-se que no Brasil, a forma de representação prevista é por meio do instituto do mandato. Embora haja previsão da representação voluntária nos arts. 115 e ss. do Código Civil, remete sua disciplina para a Parte Especial (art. 120), com o que, conclui-se que a representação voluntária é baseada no mandato, cujo instrumento correspondente é a procuração. Ao estabelecer as regras sobre o mandato, a Parte Especial do Código Civil brasileiro, no art. 682, prevê a extinção do mandato pela interdição ou «mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes».

No mesmo sentido os arts. 1174º e ss. do Código Civil português regulam os casos de caducidade do mandato nas hipóteses de interdição ou inabilitação do mandante, e mesmo na hipótese de incapacidade natural, resguardando terceiros e visando evitar prejuízos. Salienta-se ainda que o instituto do mandato é direcionado para questões de ordem patrimonial, o que dificulta a observação de suas regras para a representação prevista para questões de saúde.

procuradores para cuidados de saúde. A regra é coerente com a importância dos poderes que são atribuídos ao representante.

Não há outras exigências ou restrições à pessoa nomeada. Indicação feita na Lei belga chama a atenção e poderia ter aplicação também nas diretivas antecipadas em geral, qual seja, a restrição do médico que atenda ou oriente o paciente de servir como o que denomina de “pessoa de confiança”, que faz as vezes do representante de que aqui se trata.

A recomendação é importante na medida em que visa garantir o cumprimento da vontade do declarante. Isso porque a decisão passaria a ser do mesmo profissional envolvido no tratamento ou que tenha orientado a confecção da diretiva e que assim poderia fazer sobrepor a sua vontade e não valores e crenças do paciente.

É importante que esse procurador aja como se o paciente fosse, de forma que deve ser terceira pessoa não envolvida na relação médico paciente.

Igualmente, quando se refere às testemunhas do ato, a legislação belga⁹⁶⁷ faz referência de que ao menos uma delas não deve ter qualquer interesse material na morte do paciente. Também para fins de indicação do representante é de ser questionada a vedação de interesse material na morte. A indicação, assim, estaria livre de questionamentos sobre o interesse do representante, direcionada apenas ao intuito de fazer valer a vontade do declarante.

Na ausência dessas diretivas, a decisão é repassada aos familiares, e em regra observada a linha sucessória de forma que a decisão passa a ser de quem possa vir a colher a herança no caso de falecimento. Trata-se aqui de uma representação voluntária, cujo representante é indicado pelo declarante e na qual o afastamento, quer por interesses materiais futuros, quer mesmo pelo envolvimento familiar próximo, apresenta-se salutar e recomendável. As legislações sobre o tema, contudo, não fazem essa exigência. Nem mesmo a lei belga referida, uma vez que a exigência diz com as testemunhas do ato e não com a indicação da pessoa de confiança. Deve-se, contudo, ter como recomendação a indicação de pessoa sem interesse material e mesmo afetivo que possa comprometer seu julgamento e, por fim, sem ligação com a atividade profissional de orientação e atendimento desse paciente.

⁹⁶⁷ Com relação a presença de testemunhas do ato já se tratou acima. Aqui a referência diz apenas com relação a qualificação destas, aplicando-se analogicamente a questão do representante.

Há previsão da possibilidade da nomeação de um procurador substituto que atuará no caso de impedimento do primeiro indicado⁹⁶⁸. Convém considerar a nomeação sequencial para evitar conflitos das decisões entre representantes nomeados. Cabe lembrar que uma das finalidades de tal indicação é exatamente evitar disputas e decisões conflitantes que poderiam ocorrer entre familiares.

Pode ocorrer que a incapacidade exija que se proceda a interdição da pessoa, pois é necessário o prosseguimento dos seus atos da vida civil. Esse curador manterá a representação legal do interdito, mas não poderá se sobrepor às decisões do procurador para cuidados de saúde nas questões que dizem respeito à saúde e à vida do declarante. A indicação feita na DA, para o fim a que se destina, terá prevalência sobre a representação legal decorrente de uma ação de interdição e/ou inabilitação, seja um curador ou mesmo de um apoiador para tomada de decisões.

4.5.5 Cláusulas diversas

Além das disposições relativas aos tratamentos de saúde, o modelo de DA português abre espaço para designações pessoais, de cunho religioso ou afetivo.

Assim, estão elencados os pedidos de assistência religiosa e de companhia determinada, que devem se fazer presentes nos momentos finais da vida.

Seguindo a ideia de atendimento integral e não abandono do paciente que se encontre em fase terminal de vida, essas indicações são bastante relevantes.

A solicitação de que os momentos finais sejam passados em casa também é vontade a ser considerada. Como se referiu no item 2.1 dessa tese, a probabilidade atual é que se morra em um hospital, cercado por pessoas estranhas, acreditando ser o local em que se terá melhor atendimento. A morte em uma UTI, contudo, faz com que os últimos momentos da existência sejam passados longe dos afetos, e em meio a máquinas e aparelhos. Ainda que comprometida a capacidade do paciente, ter perto de si familiares e amigos é uma medida que demonstra atenção e carinho. A recusa de passar os últimos momentos de vida em meio a máquinas e aparelhos e sozinho tem se tornado frequentes⁹⁶⁹.

⁹⁶⁸ O modelo de diretiva disponibilizado prevê a indicação de um procurador e de um suplente. Modelo anexo a essa tese.

⁹⁶⁹ Pereira relembra a manifestação do Papal João Paulo II, nesse sentido. Refere a autora: “O mundo acompanhou pela imprensa internacional e pelos relatos das pessoas próximas ao Papa João Paulo II, que

Considerando o momento em que as diretivas terão sua aplicação pode-se cogitar da sua utilização para outros fins como, por exemplo, a indicação relativa a doação de órgãos sobre as quais há questionamentos⁹⁷⁰. Estas, contudo, não são objeto das diretivas na medida em que não dizem respeito a tratamentos de fim de vida, mas sim pressupõem a morte encefálica, além de serem direcionadas para setores públicos diversos⁹⁷¹. Os registros onde constam essas manifestações, assim, são diversos. Em Portugal, o mesmo serviço de saúde, de toda sorte, mantém essas informações regulares⁹⁷².

Santos refere ainda a possibilidade de indicação dos rituais funerários pretendidos pela parte⁹⁷³. A indicação pela forma tanto dos rituais de passagem, como sobre a forma e local de sepultamento, v.g. o pedido pela cremação, poderiam vir expressas nessa

desde o início do agravamento de sua doença Sua Santidade manifestou a vontade de permanecer em casa, retardar até o último momento possível a traqueotomia e adiar a utilização da alimentação enteral, fora dos protocolos usuais, todas resumidas em suas últimas palavras: “Deixai-me ir para a casa do Pai”. Cfr. PEREIRA, Tânia da Silva. O direito à morte digna e a validade do testamento vital. **Boletim IBDFAM**, Belo Horizonte, v.9, n.59, p. 10-12, nov./dez. 2009. p. 10.

Nesse sentido também, recente manifestação do poeta brasileiro Ferreira Gullar, objeto de matéria publicada no dia 10/11 de dezembro de 2016: “A vida é viver, escreveu o poeta Ferreira Gullar. Talvez por isso ele tenha optado por não ingressar em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do hospital Copa D’Or, no Rio de Janeiro onde morreu no último domingo aos 86 anos, em decorrência de insuficiência respiratória e pneumonia. Para o jornal O Estado de São Paulo, a viúva de Gullar, Claudia Ahimsa revelou que ele fez um pedido: “Se você me ama, não deixe fazer nada comigo. Me deixe ir em paz. Eu quero ir em paz”. O apelo para que sua agonia não se prolongasse foi atendido e, dois dias depois, ele morreu”. KOSACHENCO, Camila. A escolhas de não prolongar a dor. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, 10/11 dez. 2016. (Caderno Vida).

⁹⁷⁰ Nesse sentido há previsão expressa da lei espanhola de indicações para o caso de morte. art. 11, item 1 da Lei 41/2002. ESPANHA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre...** Transcrição na nota de rodapé nº 119.

⁹⁷¹ Embora não digam respeito diretamente aos cuidados de saúde e fim de vida, objeto primeiro das diretivas, algumas situações que tem ligação com esse período, poderiam constar desse mesmo documento, facilitando a manifestação da parte. É possível, ainda, pensar-se em outras possíveis cláusulas para documentos da mesma natureza, como por exemplo, a indicação da pessoa que gostaria que fosse nomeada seu curador no caso de se fazer necessária uma interdição. Seguindo uma lógica de proximidade e sobrevida, em regra as legislações estabelecem como curadores os cônjuges e depois os descendentes. Mesmo que destinada, na sua maior parte, para administração patrimonial e demais negócios da vida civil, é possível que as preferências do interdito se direcionasse para pessoa diversa da legalmente indicada. Assim, com o mesmo fundamento de garantia da autonomia pessoal, deve-se pensar nas hipóteses de acolhimento dessa indicação. É, contudo, tema direcionado para a ação judicial própria não surtindo efeito na esfera de atendimento de saúde do paciente.

⁹⁷² Conforme informações que constam do Portal da Saúde, a legislação portuguesa assenta no conceito de doação presumida, significando que uma pessoa a partir do momento em que nasce adquire o estatuto de doador. Para que alguém se torne não doador terá que, por iniciativa própria ou por meio de alguém de direito que o represente (pais, no caso de menores), submeter ao Registo Nacional de Não Dadores os impressos próprios para objeção à colheita de órgãos disponíveis em qualquer centro de saúde. Esta objeção poderá ser total ou parcial. PORTUGAL. Ministério da Saúde. **Objeção à doação de órgãos para transplante.** Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/informacoes+uteis/doacao+de+orgaos+e+transplantes/objecao+doacao.htm>>. Acesso em 14 dez. 2015.

⁹⁷³ Cfr. SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento...**, p. 51.

declaração, considerando que estariam acessíveis e, portanto, de conhecimento dos familiares nos momentos que antecedem a morte do declarante. Com efeito, são determinações que precisam ser de conhecimento antes da morte, e pela via da DA teriam sua eficácia garantida, devendo, pois, ser considerada a possibilidade.

Ainda que todas essas referências sejam legítimas, é importante salientar que não são o objeto das DA's que dizem respeito aos cuidados de saúde e são direcionadas, primeiramente, aos profissionais de saúde que atendam o paciente nas situações clínicas indicadas.

4.6 Validade e invalidade das DA's

Do exposto até aqui, pode-se constatar que a manifestação de vontade de uma pessoa maior e capaz, com relação aos cuidados de saúde que pretende para o momento final de sua vida, é um fato social ao qual se conferiu valor e, como tal, pode-se considerar como fato jurídico.

Delimitou-se, nesta tese, que as DA's são negócios jurídicos unilaterais, *inter vivos*, não patrimoniais e que tem por objetivo estabelecer diretrizes de cuidado de saúde e fim de vida e/ou nomear representante, para serem observadas quando a pessoa se encontrar incapaz ou com capacidade reduzida, não podendo mais comunicar suas decisões.

Embora instrumentos sem o caráter negocial de interesse econômico, pois dizem com direitos existenciais, constatou-se que são verdadeiros negócios jurídicos. Tem na declaração da vontade da pessoa o elemento nuclear do suporte fático e permite que, dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico, as partes possam regular o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que irá irradiar⁹⁷⁴. O ordenamento jurídico coloca vários limites à vontade ao exigir a conformação desta aos parâmetros estabelecidos, mas, sem dúvida, ainda é essa vontade o elemento essencial da diretiva.

Preenchidos os elementos essenciais de constituição do ato, cabe a análise da regularidade destes. Passa-se, pois, ao exame do plano da validade deste ato.

⁹⁷⁴ Leciona Pontes de Miranda: "A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; Daí o erro de se identificarem manifestações de vontade, que é acontecimento do mundo fático, e negócio jurídico, que é juridicização do suporte fático (manifestação de vontade + x + incidência da lei)". MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 4.

Quando falamos em validade no direito estamos nos referindo à *“qualificação que se atribuí a atos jurídicos, inclusive de natureza legislativa, que são conformes com o direito daquela comunidade, especificamente, não contendo qualquer mácula que os torne defeituosos”*⁹⁷⁵.

A validade de um documento está ligada à formação do negócio jurídico. O ato deve atender aos requisitos de validade, quais sejam, os caracteres juridicamente relevantes⁹⁷⁶, e estar livre de vícios, para estar apto a produzir os efeitos pretendidos⁹⁷⁷.

O negócio jurídico precisa preencher os elementos constitutivos e os requisitos de validade que irão determinar sua vigência, de acordo com o ordenamento jurídico. A validade, pois, *“é a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas”*⁹⁷⁸.

O negócio, assim, será válido se preencheu esses requisitos e inválido no caso contrário. A invalidade, por sua vez, comporta graus conforme a gravidade e intensidade da infração que se apresente ao negócio jurídico⁹⁷⁹.

Assim, o negócio é válido ou inválido por conta de um defeito na sua formação. Se válido, está apto a produzir seus efeitos de forma imediata ou diferida, como é o caso das DA's, que produzirão seus efeitos quando implementada a condição estabelecida pela parte.

Ainda que se apresente como válida, poderá não produzir os efeitos pretendidos por fatores outros que não dizem mais respeito à formalização do ato. Com isso, por exemplo, mesmo diante da existência de uma diretiva válida, esta não gerará seus efeitos

⁹⁷⁵ Cfr. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

⁹⁷⁶ Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 29-30.

⁹⁷⁷ Betti refere: “Qualifica-se, propriamente, de inválido, ou seja, desprovido (em definitivo) de valor preceptivo, o negócio a que falte, ou em que esteja viciado, algum dos elementos essenciais, ou em que não exista um dos pressupostos necessários, constitutivos do tipo de negócio a que ele pertence. A invalidade é aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo, que provém de lógica correlação estabelecida entre requisitos e efeitos, no mecanismo da norma jurídica (Cap, int., § 1ª), e é, ao mesmo tempo, sanção do ônus imposto à autonomia privada de escolher meios idôneos para atingir os seus escopos de regulamentação”. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 3. Campinas: LZN editora, 2003. pp. 3-4.

⁹⁷⁸ Leciona Azevedo: “Validade é, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. Os requisitos, por sua vez, são aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido. Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias, no sentido aristotélico do termo: o negócio existe e os elementos são; o segundo é, grosso modo, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as qualidades que os elementos devem ter”.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 42.

⁹⁷⁹ Cfr. VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 21.

se a pessoa permanecer com condições de manifestar sua vontade no momento do atendimento.

Em se tratando de diretivas antecipadas, exigirá agente maior e capaz, documento escrito, objeto lícito (ao que atende as designações referentes aos cuidados de saúde e/ou a indicação de representante) e a manifestação clara e inequívoca do indivíduo.

A não observância de um desses requisitos de validade, como, por exemplo, a incapacidade do declarante no momento da elaboração, leva à nulidade do negócio.

Com relação à forma, esta deve ser, preferencialmente escrita, aliás, como vem sendo exigido pelas legislações sobre a matéria⁹⁸⁰, de maneira que permita a sua comprovação. Salienta-se que, não havendo prescrição legal quanto a uma forma específica, qualquer das formas que se apresente não influenciará na sua validade. Contudo, por questão de segurança e comprovação, mesmo quando não há lei específica a exigir uma determinada forma, recomenda-se que seja escrita.

A exigência de ser firmada em frente a um funcionário do RENTEV ou a um notário é dirigida à segurança do registro, a qual, por sua vez, não diz respeito a validade. Esse registro tem relação com a acessibilidade do documento, tanto que o documento pode ser entregue diretamente para o responsável pelo atendimento, mesmo que sem prévio registro, desde que seja possível comprovar a autoria e integridade da declaração.

É preciso identificar os requisitos de validade do ato, pois, se não preenchê-los, embora possa existir, não será um ato válido. Ou seja, a validade pressupõe que os elementos essenciais para a constituição do ato atendam aos requisitos que lhe conferem as qualidades necessárias para torná-lo apto a produzir efeitos.

No caso das DA's, é importante referir que a validade será considerada se preenchidos os requisitos essenciais, em regra, no momento da sua elaboração.

Com relação a capacidade do declarante, esta será analisada no momento em que a declaração de vontade foi emitida, tanto que a capacidade superveniente não validará o ato, nem a incapacidade superveniente o invalidará, a exemplo dos testamentos⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ Nesse sentido a Lei portuguesa nº 25/2012. Também a lei espanhola nº 41/2002, por exemplo, estabelece no seu art. 11, item 2 que as diretivas devem sempre ser escritas. Conforme analisado no item 4.3.4.3, a forma escrita é a que atende a necessidade de comprovação e de segurança.

⁹⁸¹ A regra é exposta de forma genérica. Dadas as peculiaridades do negócio em questão, esta é exatamente a pretensão, qual seja, elaborar manifestações prévias para terem validade no momento da incapacidade.

Aliás, dadas as peculiaridades do negócio em exame nessa tese, a incapacidade superveniente é exatamente a condição suspensiva que, uma vez ocorrendo, desencadeará os efeitos do negócio.

Situação peculiar diz respeito ao objeto das diretivas. Conforme analisado para fins de validade do objeto, este deve ser lícito e possível. Contudo, considerando as peculiaridades das diretivas que dizem respeito a tratamentos em constante evolução e que tem seu efeito diferido no tempo, o momento de verificar a validade desse objeto, que melhor se adequa ao negócio em questão, diz com o momento de sua aplicação. Assim, a licitude e possibilidade da solicitação devem ser vistas quando desencadeados os efeitos das diretivas⁹⁸².

Repise-se que para análise das questões de validade ou invalidade do ato já há o pressuposto de sua existência no mundo jurídico⁹⁸³. Assim, constatado que o negócio não preenche os requisitos estabelecidos para a sua constituição válida, é de ser reconhecida a sua invalidade, apenas podendo ser acolhidas as manifestações se elaborado novo documento.

As invalidades podem ser mais ou menos graves, dependendo da intensidade da afronta às regras legais. Pode-se distinguir entre nulidade e anulabilidade.

A nulidade é a infração mais grave, que afeta não só o interesse da parte envolvida, mas também o interesse público e social. Assim, objetos ilícitos e falta de capacidade são exemplos de nulidades. A anulabilidade, por sua vez, é considerada como uma infração de menor gravidade, que não lesa diretamente os interesses públicos como, por exemplo, os defeitos do negócio jurídico como erro e coação, que permitem inclusive a sua convalidação.

Quando a ausência de alguns requisitos ou determinados vícios na manifestação da vontade é de tal ordem que não há possibilidade de ser convalidado, o negócio será tido por nulo. É assim, por exemplo, a ausência da capacidade exigida, elemento de constituição do ato. Já vícios do consentimento podem levar a anulabilidade do ato.

Nesse sentido art. 1861 do Código Civil brasileiro e art. 2191º do Código Civil português.

⁹⁸² Retoma-se a questão no item seguinte 4.7, que trata do exame da eficácia das disposições constantes nas diretivas.

⁹⁸³ Como leciona Veloso “O inválido existe. Representa algo que entrou no mundo jurídico, que é, embora não valha ou não possa valer. [...] O negócio jurídico nulo não vale porque é deficiente, defeituoso, carente, falto, imperfeito, ou outro sinônimo que se queira usar. Mas é existente. Existe, mas é inválido. Apresentou elementos materiais suficientes para seu ingresso no mundo jurídico, mas eivado de vícios na sua formação, deixando de atender a algum ou a alguns requisitos essenciais, do ponto de vista jurídico, para que fosse considerado válido”. VELOSO, Zeno. **Invalidade...**, p. 22.

Nessa hipótese, o ato existe, pois houve a exteriorização consciente da vontade do indivíduo, mas essa vontade expressa é defeituosa. Contudo, somente perderão a validade se forem impugnados.

Exige-se um consentimento «qualificado», que pressupõe ser pessoal, espontâneo e esclarecido. Em termos de diretivas antecipadas deve-se considerar, ainda, que uma vez desencadeados seus efeitos, dependendo do direcionamento constante do documento, as situações poderão ser irreversíveis.

Assim, reconhecendo a especificidade desses documentos e os bens e interesses que em última análise são o objeto dessas disposições, a informação de um possível vício no consentimento que possa comprometer a manifestação deve conduzir a não aplicação das diretivas quando dirigidas para a recusa ou suspensão do tratamento. Nesses termos, sempre em caso de dúvida, o entendimento deverá ser pró-tratamento e manutenção das funções vitais.

Essa tese é direcionada para a análise dos elementos e requisitos necessários para a constituição de um documento válido. Ou seja, voltada para os aspectos positivos do negócio jurídico, daí porque as maiores referências se direcionam para identificar os requisitos de validade e não para o estudo das invalidades, que costumam dominar os estudos doutrinários. A análise dos vícios de vontade, pois, não são o foco do trabalho.

Considerando o objeto das DA's, bem como o fato de serem negócios unilaterais, os vícios de consentimento que se entende por ressaltar são o «erro» e a «coação».

Em termos legais, o erro se caracteriza por uma falsa representação da realidade que se torna o fator determinante do conteúdo da manifestação⁹⁸⁴. Se a pessoa conhecesse a realidade não teria se manifestado ou teria se manifestado de outra forma.

Erro e ignorância são coisas distintas, mas esta pode ser o fato gerador daquela. Por ignorância é que se comete o erro. Ou seja, é a falta de conhecimento da realidade (ignorância) que gera a manifestação errônea.

No campo das diretivas esse desconhecimento é relevante, pois se exige aqui que o consentimento prévio que será manifestado seja esclarecido. É necessário que a pessoa saiba o que está sendo declarado, o que representam as situações clínicas e seus possíveis desdobramentos, e no que implicam as recusas ou aceitações dos tratamentos.

Como leciona Cordeiro, o erro *“implica uma avaliação falsa da realidade: seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes”*⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ Cfr. MELLO. Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade..., p. 190.

Muitas são as hipóteses de erro no negócio jurídico. Salienta-se aqui a possibilidade do erro da vontade, ou erro-vício e o erro na declaração. Naquele o erro atinge a própria vontade, tratando-se, por exemplo, de erro quanto ao objeto do negócio⁹⁸⁶, neste o erro ocorre na hora da exteriorização ou comunicação, de forma que a declaração não retrata a vontade do declarante⁹⁸⁷.

O erro para ser invalidante deve ser substancial, que diga respeito à natureza do ato ou ao objeto principal.

Assim, se ficar claro que foram marcadas opções divergentes do que foi conversado com o médico em claro erro quanto ao entendimento ou conteúdo, se está diante de uma diretiva ou de uma cláusula anulável. Por exemplo, o paciente que, ao conversar com seu médico, manifesta que tem interesse em todo o suporte vital que estiver disponível, mas assinala hipótese de recusa de ressuscitação cardiopulmonar, por desconhecimento do que se trata o procedimento.

A coação, por sua vez, que se ressalta aqui é a psicológica e não a física. Ainda assim, deve ser considerada como uma ameaça que gere receio ao declarante de sofrer um dano físico ou moral, que o faça declarar o que não pretendia. Para ser considerada como coação invalidante, a doutrina reconhece a necessidade de que haja fundado temor do mal resultante da ameaça e que a coação seja a causa do ato jurídico que se pratica, sendo irrelevante se o coator se beneficia ou não deste ato.

Já analisamos que não existe nenhuma autonomia total, quanto mais que o homem é um ser relacional. Assim, influências externas acolhidas pelo indivíduo que mantém sua autonomia não são capazes de macular o documento. A coação deve ser considerável e deixar demonstrado que conduziu a um ato que, de outra forma, o declarante não o realizaria.

No desenvolvimento da teoria do consentimento informado, instrumento que surgiu em respeito à autonomia pessoal, debates sobre os níveis de coerção são constantes. O consentimento que se busca do paciente deve ser livre e esclarecido. A exigência de uma manifestação livre implica em não haver coação tal que o encaminhe para determinada decisão que, se assim não fosse, o paciente não tomaria. Essa coação pode vir tanto da equipe médica como de parte de pessoas próximas ao paciente.

⁹⁸⁵ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 835.

⁹⁸⁶ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., pp. 857-858.

⁹⁸⁷ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 848.

A mesma análise com relação à autonomia e inexistência de coação que permita uma manifestação livre deve ser verificada com relação às diretivas antecipadas⁹⁸⁸. A manifestação autônoma pressupõe que os valores e interesses que sejam declarados digam respeito ao declarante e não aos interesses de terceiros. Assim, toda a diretiva que seja firmada porque o paciente se sente coagido, v.g. por medo de que em não assinando não será atendido pelo médico que elegeu para o seu tratamento, medo de ser excluído do convívio social se não se manifestar desta ou daquela forma determinada pelo seu círculo de relação, padece de vício de consentimento.

Comprovada que a declaração de vontade do paciente foi emitida decorrente de erro ou coação, a diretiva é passível de anulação. Para tanto, exige ação própria. No caso, considerando-se a tratar de ato unilateral de vontade, e o fato de que possivelmente a declaração virá à tona no momento em que a pessoa não tenha mais capacidade de se manifestar, deve-se reconhecer a legitimidade de qualquer dos interessados, sejam da equipe de saúde, sejam dos sucessores do declarante, para pleitearem a sua nulidade.

No campo das invalidades é importante ressaltar que a nulidade ou anulabilidade de uma cláusula não atinge as demais, salvo se dela dependerem⁹⁸⁹.

Assim, pode ocorrer da nulidade atingir todo o documento, como na ausência de capacidade ou apenas uma das suas cláusulas se, por exemplo, o conteúdo da diretriz for contrário ao ordenamento jurídico, como os debatidos casos da eutanásia e suicídio

⁹⁸⁸ Bittencourt e outros realizaram estudo que teve como objetivo avaliar o grau de expressão de coerção percebido pelos pacientes de hospital público no Brasil. Utilizaram escala derivada da escala desenvolvida pelo *MacArthur Research Network on Mental Health and the Law* (GARDNER et al., 1993), adaptada para o português por Tabora e para as situações de assistência por Protas. Concluem os autores: "Ao longo deste trabalho enfatizou-se que, ao efetuar-se o processo de consentimento livre e esclarecido na assistência à saúde, almeja-se apresentar informações ao paciente para que, a partir delas e de suas crenças pessoais, ele possa decidir sobre os procedimentos a que será submetido. Espera-se também que essa decisão seja livre de qualquer influência e que seja respeitada. É a partir destas afirmações que se pode discutir os resultados encontrados. O grau de expressão de coerção indica se o paciente pode se expressar em relação ao seu tratamento. Nos resultados expostos, os dados relativos a essa medida não se diferenciam entre as amostras, e indicam um nível baixo de percepção de coerção ao expressar-se. A maioria dos sujeitos da amostra ambulatorial (95,81%) e da amostra de internação (95,7%) apresentaram grau "0" ou "1" de expressão de coerção o que indica que estes perceberam ter voz nas escolhas feitas em relação ao seu tratamento". BITTENCOURT, Ana Luiza Portela et al. Consentimento livre e esclarecido e avaliação do grau de expressão de coerção em assistência. **Rev. Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 31, p. 81-89, mayo 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000200007>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

⁹⁸⁹ Nesse sentido art. 184 do Código Civil brasileiro: Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal. Também o art. 292 do Código Civil português dispõe: Art. 292º. Redução. A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.

assistido. O fato de haver uma solicitação no sentido de antecipar a morte não torna nulas as demais diretrizes apontadas.

Nesses termos, pois, a leitura de uma diretiva deve ser direcionada para a conservação da vontade do declarante, não deixando o documento se contaminar pela nulidade ou anulabilidade de parte da declaração.

Trata-se da aplicação do princípio da conservação ou do aproveitamento dos atos, difundido para fins de interpretação do negócio jurídico, mas que, naturalmente, tem sua aplicação também para exame da produção de efeitos desse negócio.

Como preleciona Azevedo, o princípio da conservação tem inúmeras aplicações. No plano da validade, a própria teoria da convalidação dos atos anuláveis, pois, representaria uma forma de aplicação do princípio⁹⁹⁰.

Esse mesmo princípio da conservação direciona para que a nulidade de uma cláusula não leve a nulidade do negócio jurídico, embora a unicidade da declaração. Direciona para o aproveitamento dos atos, separando as cláusulas defeituosas se isso for possível⁹⁹¹. Assim, uma cláusula ilícita deverá ser considerada como não escrita⁹⁹².

Nas DA's, da mesma forma, a conservação dos atos deve ser a regra, quanto mais considerando a importância e especificidade do seu objeto.

4.7 Eficácia e ineficácia das DA's

Tratar-se-á, aqui, da eficácia jurídica, que diz respeito às consequências imputadas ao fato jurídico, quais sejam as decorrências específicas e exclusivas da prática de determinado ato⁹⁹³.

⁹⁹⁰ Diz o autor em análise das disposições do Código Civil brasileiro: "No plano da validade, a própria divisão dos requisitos em mais ou menos graves, acarretando, ou nulidade, ou anulabilidade, é decorrência do princípio da conservação, já que, graças a essa divisão, abre-se a possibilidade de confirmação dos atos anuláveis (art. 148º CC). A sanção do nulo, cabíveis em casos excepcionais (por exemplo, art. 208, 2ª parte, do CC) é também resultante do desejo do legislador de evitar que, por excessiva severidade, percam-se negócios úteis econômica ou socialmente". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 68.

⁹⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 69.

⁹⁹² Nesse sentido, aliás, o Código Civil argentino, no seu art. 60, ao tratar das diretivas, estabelece que "As diretivas que impliquem desenvolver práticas de eutanásia se tem por não escritas". Fica claro assim que uma disposição cujo conteúdo não esteja de acordo com as regras legais locais, não produzirá efeitos, embora não atinja o ato como um todo. ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación...**

⁹⁹³ Mello, analisando a precisão terminologia e o rigor científico de Pontes de Miranda, ao tratar da eficácia, identifica três situações distintas, com denominação e conceituação próprias, que correspondem, de certa forma, as dimensões das quais nos reportamos no capítulo quarto dessa tese, quais sejam: "(a) eficácia normativa, expressão sinônima de incidência da norma jurídica [...] A eficácia normativa se realiza, portanto, na criação do fato jurídico. (b) Eficácia jurídica, diferentemente, designa o conjunto das

Embora interligadas, validade e eficácia são distintas. Um ato válido poderá, eventualmente, não produzir os efeitos pretendidos, daí porque necessária também sua análise.

Veloso refere que validade/invalidade e eficácia/ineficácia são figuras que se entrelaçam, mas estão em órbitas jurídicas diferentes. Para não incorrer em equívocos insuperáveis é necessário tratar cada situação na sua respectiva esfera⁹⁹⁴.

A cadeia dos planos para análise de um negócio jurídico – existência, validade e eficácia – são sequenciais. Inexistindo um negócio jurídico não há o que falar em validade e, portanto, não produzirá efeitos.

Cabe a referência a diferença apresentada por Azevedo entre manifestação e declaração. O negócio jurídico para se constituir exige a declaração negocial, qual seja, a declaração de vontade aceita socialmente como apta a produzir seus efeitos. Como já referido, no caso das diretivas, importante a materialização dessa declaração de vontade em um documento, que se constituirá em meio de prova.

Assim, um simples comentário ou considerações a respeito do tema, em conversa informal com amigos, não constitui uma declaração negocial, nem permite a avaliação dos demais elementos e requisitos necessários para a constituição válida e regular desse negócio.

Pode ser, contudo, que um negócio exista, mas não preencha os requisitos de validade. O ato inválido, via de regra, não produz nenhum efeito.

Há, contudo, o ato existente e válido, que, por sua vez, pode não produzir os efeitos pretendidos. Isso porque, embora esses planos formem uma cadeia, também permitem a análise individual.

consequências (=efeitos) imputados pelas normas jurídicas ao fato jurídico desde as situações jurídicas mais simples, como os estados pessoais, às relações jurídicas mais complexas, da quais se irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções, ônus e premiações, sendo, destarte, *posterius* em relação ao fato jurídico. (c) Eficácia do direito, por sua vez, é usada na literatura jurídica, predominantemente, para designar a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, referindo-se à circunstância de se tornarem realidades aquelas consequências por ela imputadas, hipoteticamente, ao fato jurídico. [...]. Trata-se, a nosso ver, de conceito peculiar à dimensão sociológica do fenômeno jurídico". MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 13-14.

⁹⁹⁴ Prossegue o autor: "Devemos à doutrina pandecística alemã, especialmente a *Windscheid*, o desenvolvimento moderno desse tema, com o entendimento de que na invalidade o negócio jurídico deixa de produzir os efeitos normais em consequência de vícios e defeitos que ocorrem na sua própria formação e nascimento. A ineficácia, aqui, é compreendida no seu sentido amplo. Na ineficácia em sentido estrito, já não é a invalidade que determina ou não – produção de efeitos: o negócio, em si, não foi celebrado com ofensa ou violação do ordenamento legal, sendo inclusive, válido, mas, por algumas razões, não produzirá os efeitos, que, ordinariamente, produziria". Cfr. VELOSO, Zeno. **Invalidade...**, p. 24.

Azevedo refere que o exame no plano da eficácia trata da «eficácia em sentido estrito», ou seja, a eficácia ou ineficácia de um negócio jurídico válido. “*O ato ineficaz em sentido restrito é um ato válido, mas que, por falta de um fator de eficácia, não produz, desde o princípio, efeitos*”⁹⁹⁵.

O campo da eficácia/ineficácia é, portanto, diverso do campo da validade/invalidade. A invalidade diz respeito a uma carência intrínseca ao negócio, enquanto que a ineficácia, ao contrário, refere-se a um impedimento de caráter extrínseco, incidindo na realização prática do negócio⁹⁹⁶.

As diretivas são estabelecidas de forma antecipada, nas quais a pessoa tem plenas condições de se manifestar e mesmo de se autodeterminar. Mesmo que neste momento já se saiba de algum problema de saúde, o fato é que a pessoa permanece com condições de tomar suas próprias decisões.

São feitas projeções de problemas de saúde que possam ocorrer e o que a pessoa decidiria nessas circunstâncias. Somente terão sua eficácia analisada quando e se a pessoa necessitar de cuidados de saúde indicados, ou seja, se a condição suspensiva ocorrer, e não tenha a capacidade de se manifestar.

Como se verificou no item 4.5.1, dentre as disposições das diretivas devem constar as situações clínicas nas quais a pessoa pretende que sejam desencadeados os efeitos das suas manifestações. Essas cláusulas configuram o elemento dito acessório, uma condição, qual seja, um evento futuro e incerto a partir do qual se aplicam as disposições constantes do documento.

Salienta-se que, embora a doutrina a identifique como cláusula acessória, uma vez emitida, em especial diante do conteúdo exposto em matéria de diretiva antecipada, passa a integrar o documento assumindo um caráter essencial em relação ao negócio jurídico no qual constam⁹⁹⁷.

É o caso das indicações das situações clínicas que desencadearão os efeitos das diretivas. Uma vez declaradas, integram o conteúdo da diretiva e passam a ser essenciais ao ato. Serão apenas nessas circunstâncias que o documento existente, que tenha preenchido na sua formação os requisitos de validade, produzirá ou não seus efeitos.

⁹⁹⁵ Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, p. 65.

⁹⁹⁶ Cfr. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 3..., p. 4.

⁹⁹⁷ Cfr. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 3..., p. 70.

Os efeitos ficam suspensos até a ocorrência da condição determinada. As diretivas válidas terão, pois, seus efeitos suspensos desde sua origem até o advento da condição suspensiva⁹⁹⁸.

Assim, em não ocorrendo o evento ao qual a disposição se referia, faltará um dos fatores de eficácia desse ato. As diretivas antecipadas, pois, embora existentes e válidas, não produzirão seus efeitos.

Os efeitos de um negócio jurídico são determinados, em regra, pelo ordenamento jurídico posto, enquanto que o conteúdo fica a cargo das partes, que podem orientar o objeto do modo mais conveniente⁹⁹⁹.

Embora possa haver espaço para a pessoa delimitar os efeitos pretendidos, a regra é que esses efeitos são determinados no ordenamento jurídico. Como forma de garantir que os efeitos decorrentes do negócio realizado se materializem, sanções ou coerções devem ser estabelecidas.

Nas diretivas antecipadas, o efeito previsto é, pois, o atendimento do paciente conforme solicitado. Assim, verificada a condição estabelecida, as diretrizes determinadas pelo paciente devem ser atendidas.

Os atos jurídicos são realizados com vistas a produzir efeitos, de forma que a ineficiência é a exceção. Contudo, pode ocorrer de um ato válido não gerar os efeitos pretendidos, por circunstâncias outras. Assim, considera-se ineficaz: *“o negócio em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fatos a ela extrínseca”*¹⁰⁰⁰.

A extinção do negócio, no normal, ocorrerá pelo esgotamento de seu objeto. Pode, contudo, ocorrer por intervenção de outra causa, dentre as quais Ascensão identifica a revogação e a caducidade¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ Refere Ascensão: “Da extinção logo se distingue a suspensão, que se verifica quando a não produção de efeitos é temporária. A suspensão dos efeitos pode ser originária ou superveniente. Se opera uma condição suspensiva a suspensão é originária”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral 3: relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 268.

⁹⁹⁹ Refere Betti: “é da competência dos indivíduos determinar, nas relações entre eles, os escopos práticos a atingir e as vias a seguir para regular os seus interesses; é da competência da ordem jurídica separar e avaliar, de acordo com as finalidades gerais, as categorias de interesses e escopos práticos que os particulares costumam procurar atingir, prescrevendo para os seus atos as modalidades e os requisitos de validade e de eficácia e ligando eles situações jurídicas congruentes, isto é, capazes de traduzir em ato, com a maior aproximação possível, as funções sociais que correspondem àqueles escopos”. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1..., pp. 123-124.

¹⁰⁰⁰ Cfr. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1..., p. 4.

¹⁰⁰¹ Diz o autor: “A classificação das causas especiais de extinção está dificultada por problemas sistemáticos. Galvão Telles enuncia uma dupla classificação. Consoante a extinção é retroativa ou atua para o futuro, assim sealaria em: resolução; dissolução. A terminologia dissolução corresponde à

Com relação a revogação, em termos de diretiva antecipada, considerando que tem seus efeitos suspensos até a ocorrência da condição, e de que se trata de um ato eminentemente revogável, esta poderá ocorrer a qualquer tempo e de qualquer forma. Mesmo verificadas as situações clínicas previstas nas diretivas, se o autor puder se manifestar, valerá a manifestação atual. Assim, se o paciente mudar de ideia com relação a sua pretensão de tratamento, considerar-se-á revogada a disposição, não produzindo, portanto, nenhum dos seus efeitos.

Toda e qualquer decisão que diga respeito a cuidados de saúde e fim de vida são manifestações eminentemente revogáveis. Enquanto puder se manifestar, a pessoa poderá modificar a decisão tomada. A modificação ou revogação do documento poderá se dar por qualquer forma, sendo desnecessária a confecção de documento idêntico para esse fim.

Se uma pessoa executou uma diretiva de vontade e, ao encontrar-se com uma doença terminal mantém a capacidade de comunicação e mesmo de discernimento sobre os problemas de saúde e gravidade do quadro pelo qual está passando, enquanto puder se expressar valerá a sua manifestação atual.

Ou seja, toda e qualquer decisão desse caráter, seja em disposição antecipada, seja durante tratamento de doença grave e terminal, poderá ser alterada ou revogada, por qualquer forma de manifestação da pessoa.

Reconhecida a possibilidade de alteração e revogação das diretivas a qualquer tempo, na medida em que estiver sujeita ao registro, é importante que se facilitem esses atos. Assim, uma simples comunicação do paciente pela revogação deve implicar na imediata retirada da diretiva do sistema.

Outrossim, se a diretiva constar apenas em documento em poder do próprio paciente, a sua rasura ou dilaceração deverá ser considerada como própria revogação.

Salienta-se que o risco menor sempre estará presente na manutenção dos tratamentos, mesmo porque permitiriam futura alteração de posição. Já o cumprimento de uma diretiva de limitação terapêutica, por exemplo, tem a chance de levar a óbito o paciente, sem mais volta. Assim, sempre que houver dúvida, deve prevalecer a

corrente, pois fala-se em dissolução de uma sociedade ou dissolução do casamento, para significar uma extinção para o futuro. [...] Se o critério for porém o dos pressupostos de atuação ou de produção do efeito extintivo, já se distinguiria, adaptando a classificação de Galvão Teles: revogação; caducidade; denúncia; rescisão". ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral 3..., p. 270.

manutenção dos tratamentos, com o que, mesmo que não fosse a real vontade do paciente, se houver manifestação de revogação, assim deve ser considerada.

Já a caducidade é o perder da força, o enfraquecer do negócio. Está no plano da eficácia e, portanto, a caducidade não se confunde com a nulidade. *“Na caducidade existe apenas a perda do vigor da disposição, que, por uma questão estritamente de lógica, não pode ter eficácia”*¹⁰⁰².

A caducidade é, pois, causa de extinção automática de um negócio jurídico, que pode ocorrer pela implementação do prazo ou pela perda do objeto, por exemplo.

No sistema português veio estabelecido um prazo de eficácia do documento, dentre o qual, implementada a condição, a diretiva produz seus efeitos. Decorrido o prazo, porém, a disposição caducará.

A caducidade pode ocorrer, ainda, por perda do objeto ou impossibilidade de atendimento da disposição. O objeto das DA's são as manifestações relativas aos cuidados de saúde, dentre as quais várias são as cláusulas que dele podem constar. Nem todas as solicitações podem estar adequadas ao atendimento que se apresenta.

No modelo português, objeto da análise no capítulo anterior, foram elencadas as hipóteses mais correntes e, diga-se, de maior gravidade. Além dessas, e mesmo na conjugação de hipóteses que podem ocorrer, é possível que as previsões elencadas não se apliquem e nem se questione sua utilização. Pode também ocorrer de que determinadas terapias ou tratamentos indicados já não estejam disponíveis, por estarem ultrapassados.

Perderá, assim, a eficácia as determinações que não puderem ser atendidas, aquelas que não estejam de acordo com a praxe médica vigente no momento de sua aplicação e aquelas que não digam respeito à situação clínica concreta do paciente.

Desta forma, fica claro que o campo da eficácia é distinto do campo da validade. Ultrapassada a fase da validade, ou seja, reconhecida uma diretiva como válida, os efeitos que dela se esperam dependerão ainda de vários fatores externos, somente passíveis de análise diante dos casos concretos que se apresentarem.

Reitere-se que, considerando as características próprias das DA's, os requisitos de validade devem ser analisados no momento em que a diretiva é realizada. Nesse momento, o agente deve ser maior e estar capaz de manifestar sua vontade, até porque a

¹⁰⁰² Cfr. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 281.

condição suspensiva será exatamente a incapacidade superveniente, em situações de fim de vida.

A eficácia, contudo, será analisada quando do cumprimento das diretivas, ou seja, quando se fizer necessário verificar quais decisões o paciente tomaria e ele não tiver condições de se manifestar.

Situação peculiar pode-se falar com relação ao objeto do negócio jurídico. Como referido, é requisito de validade que esse objeto seja lícito e possível. Contudo, tal qual se referiu da possibilidade pode-se também se referir a licitude. É possível que, no momento da disposição, seja estabelecida cláusula de conteúdo ilícito ou que ainda não esteja possível de acordo com o estado atual da ciência. Ocorre, porém, que quando do atendimento das diretivas, a legislação pode ter se alterado, ou a ciência evoluído, de forma que a cláusula que estabelecia uma diretriz ilícita ou impossível se torne lícita ou possível.

Aqui, prevalecerá, pois, a análise do objeto no momento de ser dada eficácia ao ato. Assim, por exemplo, se a pessoa solicitar a realização de eutanásia, quando vedada por lei, e, se no correr do prazo de validade e essa prática venha a ser legalmente acolhida, a determinação deverá produzir seus efeitos. Naturalmente que deverão ser analisados demais requisitos que venham a ser estabelecidos pela nova lei. O exemplo aqui foi referido de forma superficial, apenas para contextualizar a licitude/ilicitude no tempo.

Da mesma forma, caso solicitada uma determinada terapia não disponível quando da realização da diretiva, e como tal impossível de ser realizada, mas que venha a se tornar disponível até o momento em que a diretiva deva ser cumprida, a possibilidade do atendimento dessa cláusula deve ser observada.

Nesse passo, o que se identifica é a aplicação do princípio da conservação aplicado agora no plano da eficácia, permitindo, assim, que os atos, cujos efeitos sejam protraídos no tempo, possam ter sua eficácia assegurada, o que reforça a opção de análise do negócio jurídico em diversos planos de forma isolada, embora interligados¹⁰⁰³.

¹⁰⁰³ Leciona Azevedo: “Tome-se como exemplo um negócio sob condição suspensiva; poder-se-ia pensar em construir a hipótese como sendo a de um ato que só se completasse por ocasião do advento do evento futuro e incerto (em vez de ser um ato já existente e válido, mas ineficaz); mas então perguntamos: o que ocorreria se depois da realização do negócio e antes do advento do evento, uma das partes se tornasse absolutamente incapaz? Se realmente o negócio somente se completasse com o advento do evento, quando este ocorresse, ele deveria ser nulo por incapacidade do agente, o que resultaria em pura perda

4.7.1 Prazo legal

A lei portuguesa que disciplina as DA's, no seu art. 7º, estabelece prazo de eficácia do ato de disposição relativo aos cuidados de saúde de cinco anos, a contar da assinatura do documento¹⁰⁰⁴.

Trata-se de efetivo prazo e não de um termo final. Assim que, por força de lei, decorridos cinco anos da emissão da vontade, a diretiva não mais produzirá os efeitos pretendidos.

Termo é a data inicial ou final da eficácia de um negócio jurídico. Pode ser estabelecido pelas partes, mas ao contrário da condição que vincula a evento futuro e incerto, no termo teríamos um evento certo. O prazo, por sua vez, é o lapso de tempo entre um marco e outro, entre o início e o fim do negócio. Assim, termo e prazo são coisas distintas.

A lei portuguesa que trata das diretivas estabeleceu um prazo dentro do qual a manifestação de vontade emitida permanecerá válida e apta a produzir seus efeitos, caso a condição estabelecida se apresente. Decorrido esse prazo, porém, a manifestação perde toda a sua força, vale dizer, caducará.

Muito embora esse prazo possa, em um primeiro momento, apresentar-se como medida de cautela, deve-se reconhecer que burocratiza o ato, exigindo constante atenção quanto à manutenção da sua vigência.

(além de, provavelmente, criar situação iníqua). Para a solução não se resta, ou se quebraria a exigência de capacidade no momento da perfeição do ato, ou, pior ainda, teria de se admitir um negócio nulo produzindo normalmente seus efeitos. Ora, a grande vantagem da admissão da ineficácia em sentido restrito é justamente o fato de que se pode admitir, através dela, sem quebra de qualquer regra, que o ato, válido desde sua formação, mas ineficaz até então, passe, pela realização do fator de eficácia, a produzir, sem mais, os seus efeitos. [...] Aplica-se também o princípio da conservação quando se trata da permanência da eficácia; realmente, quando os efeitos do negócio não correspondem aos que, de início, estavam previstos, de forma que, então, certos elementos categoriais naturais (ditas cláusulas de garantia implícitas) atuem, o ordenamento jurídico, em vez de ordenar, pura e simplesmente, a resolução (ineficácia superveniente), admite, aqui também, “correções”, que levam à conservação dos efeitos do negócio”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 70-71.

O autor ainda identifica a aplicação do princípio da conservação no plano da eficácia, para fins de interpretação do negócio, no que, aliás, toda a doutrina entende como sendo a sua maior utilidade, e do que se falará no item 5.4.2 dessa tese.

¹⁰⁰⁴ No mesmo sentido, a lei francesa referia que serão observadas as disposições que tenham sido feitas nos três anos anteriores. Com as alterações do ano de 2016, a referência ao prazo foi retirada.

Consta do artigo 111-11 da Lei francesa nº 2005-370 (transcrita integralmente na nota de rodapé nº 124): “A condition qu’elles aient été établies moins de trois ans avant l’état d’inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d’investigation, d’intervention ou de traitement la concernant”. (Livre tradução: « Art. L. 111-11 – «...Com a condição de que tenham sido estabelecidos a menos de três anos antes do estado de inconsciência da pessoa, o médico levará em consideração para qualquer decisão de investigação, intervenção ou de tratamento »). LEGIFRANCE.GOUV.FR. **LOI n° 2005-370 du 22 avril 2005...**

A legislação trata esse prazo como sendo de eficácia. Ou seja, o documento em verdade permanece válido. O transcurso do prazo fixado não retira nenhuma característica daquele instrumento que preencheu os requisitos essenciais quando de sua elaboração. Com o decurso do prazo legalmente fixado, contudo, não terá mais como produzir efeitos.

Salienta-se que documentos dessa natureza tem sua eficácia diferida para o momento futuro e incerto, isto é, quando ocorrerem as circunstâncias clínicas indicadas pelo declarante. Contudo, decorrido o prazo legal estabelecido, e não se apresentando as situações previstas, essa diretiva não mais projetará seus efeitos quando a condição ocorrer.

Veloso, ao analisar as circunstâncias dos testamentos especiais, conclui que se trata de perda da eficácia, muito embora possa em um primeiro momento parecer que é da própria validade¹⁰⁰⁵.

Assim, no prazo legal fixado de cinco anos, a diretiva válida está apta a produzir os efeitos se as circunstâncias clínicas previstas ocorrerem. Decorrido esse prazo será necessária a apresentação de nova diretiva.

A lei refere «declaração de confirmação», mas remete para o artigo terceiro que exige a assinatura perante o funcionário habilitado ou o notário. Nas informações que constam sobre o registro do documento, nos sites do Ministério da Saúde português, não há documento ou informação relativas a simples confirmação da diretiva anterior, caso não haja alteração do conteúdo, deixando antever a necessidade de encaminhamento de nova diretiva, seja o modelo padrão disponibilizado pelos serviços de saúde, seja de confecção da própria pessoa.

É bem verdade que a medida possibilita ter a certeza de que as diretrizes apontadas no documento são atuais e permitem adequar às novidades tecnocientíficas que possam ter se apresentado nesse período.

¹⁰⁰⁵ Ao criticar os comentários ao Código italiano, o autor refere: “Analisando o artigo 609 e seguintes do Código Civil italiano, Santoro-Passarelli expõe que a validade do negócio jurídico pode ser apenas temporária, como acontece especialmente nos testamentos especiais, “que perdem o seu valor depois de passado um certo tempo a partir da cessação do facto que impediu o testador de adoptar uma das formas ordinárias”. Neste passo, *data venia*, confunde o mestre as figuras de validade e da eficácia. Os testamentos especiais não têm «validade» temporária; o que eles têm é eficácia temporária. Transcorrido o prazo previsto na lei, eles não «perdem a validade», mas caducam, não podem mais produzir efeitos. Aliás, o artigo 610 do Código Civil italiano é claríssimo, dispondo que o testamento especial «perde la sua efficacia tre mesi dopo» [...].” VELOSO, Zeno. **Invalidade...**, p. 34.

O fato das diretivas exigirem que a pessoa pense sobre suas convicções, em especial frente à morte, podendo mantê-las ou descartá-las, é sem dúvida um ponto positivo. Como se verificou no capítulo segundo dessa tese, o medo gerou a negação que encaminhou para que a morte fosse tratada como um tema tabu na sociedade atual. Assim, ao redigir um documento que exige que se pensem as hipóteses de fim de vida que poderão lhe ocorrer, como os tratamentos em que está disposta ou não se submeter, estar-se-á de certa forma enfrentando esse espectro da morte.

Cabe apontar, contudo, dois problemas na fixação desse prazo.

Primeiro, deve-se lembrar de que a negação também atua como um mecanismo de defesa psicológica da pessoa. Não há como alguém reconhecer a morte diante de si, de forma permanente¹⁰⁰⁶. Embora se reconheça a importância de aceitar a finitude, não se está a supor que o indivíduo passará a vida a falar dela.

A exigência de que o documento seja refeito em prazo cíclico e relativamente curto surge como mais um empecilho para a utilização das diretivas.

O segundo problema está associado à verificação das condições da pessoa, quando decorrido o prazo estabelecido. As diretivas permanecerão eficazes se, durante esse prazo, sobrevier a incapacidade do outorgante, conforme disposto no art. 7º, item 3, da Lei nº 25/2012.

Pela sistemática prevista, o serviço de registro dos testamentos informará ao outorgante ou seu procurador, se houver, quando o documento estiver próximo de caducar.

Três situações diversas podem ocorrer: a pessoa confirma o documento nos mesmos termos ou alterando cláusulas; a pessoa nada manifesta, deixando caducar a disposição; ou a pessoa tornou-se incapaz e as diretivas então manterão sua validade e eficácia.

¹⁰⁰⁶ Kluber-Ross, ao tratar da fase de negação que identificou como sendo a primeira pela qual passam as pessoas que recebem um diagnóstico de doença grave, refere: “A negação, ou pelo menos a negação parcial, é usada por quase todos os pacientes, ou nos primeiros estágios da doença ou logo após a constatação, ou, às vezes, numa fase posterior. Há quem diga: “não podemos olhar para o sol o tempo todo, não podemos encarar a morte o tempo todo”. Esses pacientes podem considerar a possibilidade da própria morte durante um certo tempo, mas precisam deixar de lado tal pensamento para lutar pela vida. Dou grande ênfase a isso porque encaro como uma forma saudável de lidar com a situação dolorosa e desagradável em que muitos desses pacientes são obrigados a viver durante muito tempo. A negação funciona como um para-choque depois de notícias inesperadas e chocantes, deixando que o paciente se recupere com o tempo, mobilizando outras medidas menos radicais”. KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre...**, p. 44.

Ocorre que, se sobreveio nesse meio tempo uma incapacidade, *v. g.*, decorrente de problemas neurológicos, a pessoa não terá condições de avaliar o comunicado. Desta forma, se a diretiva for retirada do sistema pela não confirmação deixará de se aplicar.

A incapacidade a que se refere é para realizar novamente o ato e não necessariamente incapacidade relativa às situações previstas nas diretrizes apresentadas. Basta, pois, uma interdição por doença mental superveniente para que a validade da diretiva se mantenha. Não é necessário que tenha desencadeado os seus efeitos.

Pense-se no caso de uma doença neurodegenerativa, ainda em estado inicial, mas já com sintomas evidentes, que não permitam à pessoa, por exemplo, firmar o documento ou manifestar seu consentimento, e que exija a interdição legal. Nessa hipótese, a declaração imediatamente anterior à constatação dessa situação manterá sua validade e deverá ser observada na hipótese de agravamento da doença, se prevista tal situação clínica, mesmo que, entre o reconhecimento da incapacidade e o enfrentamento de decisões de limitação dos esforços terapêuticos, decorram muitos anos.

O problema apontado, pois, está exatamente na constatação da incapacidade para renovar o ato que, assim, permita estender a validade/eficácia da última manifestação.

Se houver a interdição ou inabilitação legal, tem-se um marco que facilitaria a identificação da validade da última diretiva. Ainda assim, deve ser comunicado ao Registro Nacional para que este mantenha o acesso à declaração.

Contudo, pode ocorrer a demora em se realizar a interdição ou de sequer haver tempo hábil para o processo judicial e, ainda assim, a consolidação da última diretiva se apresentar. Ainda aqui, deverá ser comunicada a nova situação do declarante para o serviço registral.

Do aqui analisado, reforça-se a ideia da importância da indicação de um procurador para cuidados de saúde, que, como terceiro a quem também é dirigida a notificação, teria condições de relatar a situação do declarante nessas hipóteses, solicitando a permanência da diretiva no sistema.

Uma possível solução seria o alargamento do prazo de eficácia, de forma a não exigir uma constante repetição do ato.

Refira-se que, como a lei portuguesa é do ano de 2012, e o registro nacional foi criado no ano de 2014, ainda não decorreu o prazo de eficácia previsto, qual seja, de

cinco anos do primeiro registro, de forma a verificar na prática os problemas que poderão surgir da notificação para fins de renovação e atualização do ato.

4.8 A publicização das DA's

Muito já se falou da dinâmica da vida. Fatos que demandam o conhecimento dos termos da diretiva podem se apresentar a qualquer momento e em qualquer lugar.

É de ser cogitada a possibilidade do não conhecimento da diretiva, quando então a declaração não surtiria os efeitos pretendidos. Assim, necessário prever formas de acessibilidade desses dados.

Cogitar das situações mais difíceis permite imaginar uma solução que as atenda e, assim, que possa servir também para situações menos complexas.

Dentro da evolução normal de uma doença grave, há tempo para a pessoa informar a existência de uma DA ou mesmo, se não houver, traçar um plano de tratamento.

Ainda assim, atendimentos de urgência podem se fazer necessários e o paciente pode não ser atendido pelo médico ou estar desacompanhado de familiares que tenham conhecimento da diretiva. Já as situações abruptas podem exigir esse conhecimento de forma imediata.

Em sendo do interesse, a pessoa pode portar o documento, mas não há como se estabelecer essa exigência. Ademais, mesmo estando o documento na posse do paciente, não há garantia de conhecimento por parte dos profissionais da saúde, pois dependeriam ao menos da informação de sua existência, o que pode não haver tempo ou forma de ser feito nos atendimentos de urgência.

A criação de um registro geral que compile essas disposições apresenta-se como uma sistemática capaz de permitir, dentro de um contexto determinado, o conhecimento da diretiva quando necessário.

A criação do Registro Nacional dos Testamentos Vitais em Portugal, prevista no art. 15º da Lei nº 25/2012¹⁰⁰⁷, e que teve sua instalação no ano de 2014, é uma alternativa que pode se mostrar bastante eficiente.

¹⁰⁰⁷ Art. 15º - Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV) - 1 - É criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de recepcionar, registrar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de

Naturalmente que, considerando o carácter sigiloso que se aplica às manifestações de cuidados de saúde e fim de vida, bem como o direito à intimidade, também direito fundamental dos cidadãos, do que se falará na sequência, o dever de confidencialidade deve ser respeitado por todos aqueles que tiverem acesso ao documento.

A sistemática do registro, pois, deverá observar essas questões de confidencialidade, tanto no momento em que a manifestação é recebida para registro, como na sua possível consulta pelo médico que estiver atendendo o paciente.

Em Portugal, a indicação da existência de uma DA constará do prontuário do paciente (utente) e será disponibilizada ao próprio usuário, ao procurador nomeado para esse fim e aos médicos credenciados que tenham acesso ao sistema¹⁰⁰⁸. Dentro da unidade de saúde, o nível de acesso é conferido de acordo com a necessidade de informação que exija. Assim, médicos terão acesso às diretivas antecipadas do paciente.

Consigne-se que, pelo fato do sistema de saúde ser virtual e interligado em todo o país, com acesso permitido aos hospitais públicos e mesmo os particulares, a publicização da diretiva encontra aqui a esfera ideal. Vale dizer, a sua existência será indicada em campo próprio e vista sempre que se consultar o prontuário do paciente. E o conhecimento do seu conteúdo poderá ser acessado por quem detenha autorização para esse fim, quando se fizer necessário. Naturalmente que o acesso ficará registrado e os autorizados mantêm o dever de confidencialidade.

A situação espanhola também merece ser referida. Mesmo diante da regulamentação e da criação de registros nas unidades autônomas, constatou-se a necessidade de um registro nacional, exatamente com vistas de que a existência da

vontade e à procuração de cuidados de saúde. 2 - O tratamento dos dados pessoais contidos no RENTEV processa-se de acordo com o disposto na legislação que regula a proteção de dados pessoais. 3 - A organização e funcionamento do RENTEV são regulamentados pelo Governo. 4 - Compete ao Governo atribuir ao RENTEV os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários ao seu funcionamento. PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 25/2012 de 16 de julho...**

¹⁰⁰⁸ Nesse sentido: “O RENTEV disponibiliza, a informação constante das DAV’s na Plataforma de Dados de Saúde, que a disponibiliza, depois, mediante acesso reservado, aos profissionais de saúde e aos utentes, através do Portal do Profissional e do Portal do Utente, nos termos do n.º 5 do indicado artigo. Por sua vez, o n.º 6 do preceito em questão, determina que o acesso ao RENTEV por profissionais de instituições de saúde não pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde é efetuado mediante a introdução da palavra-passe individual do médico, validada através do sistema de requisição de vinhetas pessoais, e leitura do número do cartão de cidadão do utente. Saliente-se, que cada acesso à informação do RENTEV, nestes termos, é automaticamente notificado ao outorgante da diretiva e ao procurador de cuidados de saúde (se existir), desde que os respetivos endereços eletrónicos tenham sido previamente inseridos no RENTEV, conforme o disposto no n.º 7 do artigo 8.º da Portaria”. RAIMUNDO. Diana Sara Lopes. O procurador...

manifestação seja conhecida mesmo que a pessoa estivesse em outra região que não a sua de origem¹⁰⁰⁹.

No Brasil, foi criado um registro particular, de cadastro online, direcionado a própria pessoa e a quem ela indicar. Serve como um espaço para depósito das diretivas. É, pois, apenas um lugar onde a pessoa pode guardar o documento.

Contudo, um serviço particular não tem a capacidade de garantir a privacidade e confidencialidade dos dados armazenados. De toda sorte, ainda que assim o fosse, são necessárias ligações com instituições médicas e o cadastramento das pessoas autorizadas a terem acesso à informação, o que exige uma disciplina por órgãos públicos competentes.

Ainda, o serviço permite o registro da diretiva online, o que não confere segurança de que tenha sido efetivada pela própria pessoa. Também não fica sujeita a um crivo médico mínimo, que permita ao menos ter conhecimento de que a matéria está de acordo com o objeto das diretivas e que mantenham coerência entre suas disposições, de forma a evitar conflitos na interpretação posterior.

Um banco contendo dados de extrema relevância relativos à vida e à saúde da pessoa, sobre os quais deve se assegurar o sigilo, exige que parta de órgãos e entidades públicas que tenham capacidade para a tarefa.

Desta forma, a vinculação de um registro de diretivas antecipadas deve estar afeita aos serviços públicos de saúde, com responsabilidade estabelecida para os servidores que descumpram regras ou quebrem o princípio da confidencialidade, e

¹⁰⁰⁹ “Dicho Registro tiene como principal función, precisamente, dar publicidad de la existencia y, en su caso, del contenido del documento de las instrucciones previas o voluntades anticipadas otorgadas en cualquier momento y lugar, como de su modificación o revocación. Para lo cual, será necesario que las Comunidades Autónomas comuniquen a este Registro Nacional, los documentos de cuya existencia tenga conocimiento y se encuentran inscritas en los correspondientes Registros autonómicos, pues, hemos de ser conscientes que, la continúa movilidad de los pacientes a lo largo del territorio español y del consiguiente posible ingreso en un centro sanitario distinto del Municipio o Comunidad Autónoma donde se inscribió aquél, así lo exige”. (Livre tradução: “A principal função do Registo é justamente dar publicidade a existência e, se for caso, ao conteúdo do documento de instruções prévias ou de vontades antecipadas outorgadas em qualquer momento e lugar, como de sua modificação ou revogação. Para isso, será necessário que as Comunidades Autônomas comuniquem ao Registro Nacional, os documentos cuja existência tenham conhecimento e que se encontrem inscritas nos correspondentes registros autônomos, pois, temos de estar conscientes de que a mobilidade dos doentes continua em todo o território espanhol e a consequente possível entrada em um centro de saúde diferente do município ou Comunidade Autónoma em que foi registrado, assim o exige”). LANZAROT, Ana Isabel Berracal. **La publicidad registral de las instrucciones previas**. Versión generada por el usuario Universidade de Lisboa. Disponível em: Id. vLex: VLEX-216944493 <<http://vlex.com/vid/publicidad-instrucciones-previas-216944493>>. Acesso em: 24 fev. 2015. p. 4.

igualmente com controle do acesso que permita identificar quem obteve as informações da DA, respondendo por seu uso indevido.

Ademais, a fórmula encontrada em Portugal exige assinatura presencial para garantia de que foi emitida pelo próprio paciente e prevê ainda a confirmação da DA por médicos vinculados ao serviço de registro, evitando, ao menos, conflitos entre suas próprias cláusulas, garantia mínima de que seu conteúdo poderá ser executado.

Como se vê, o serviço de registro exige capacidade organizacional, conhecimento técnico, garantia de manutenção do sigilo dos dados e responsabilização por acesso e uso indevido das informações.

No Brasil, por força da Resolução 1995/12 do CFM, é prevista ainda a anotação no prontuário médico das manifestações que forem comunicadas ao médico. É, sem dúvida, uma forma de dar conhecimento das manifestações. Há, porém, a limitação de acesso do prontuário vinculado à instituição de saúde em que ocorre o atendimento. Assim, em futuras internações podem não estar disponíveis, quer porque não seja na mesma instituição, quer porque não tenham sido devidamente destacadas como diretriz de atendimento para o momento em que não tenha condições de se manifestar.

A outra forma de dar conhecimento da existência de DA é a apresentação do instrumento pelo paciente ou por seus familiares, na instituição de saúde no momento em que for atendido, o que, igualmente, deverá ser feito a cada atendimento, com os devidos destaques de sua finalidade.

A nomeação de um procurador de cuidados de saúde que tenha conhecimento e posse do documento ganha relevância nesse momento, pois poderá se apresentar como a pessoa que zelará pelo cumprimento da diretiva e tomará as decisões que se fizerem necessárias com relação ao que deve ou não ser feito nesse momento.

Salienta-se que o registro não é formalidade exigida pela lei para análise da validade do documento, mas apenas dirigido a sua acessibilidade. Ou seja, o registro não é requisito para validação do negócio. Desta forma, as DA's apresentadas pela parte diretamente e em tempo, desde que atendidos os requisitos de validade, devem ser recebidas e atendidas.

Deve-se, contudo, reconhecer que a criação de registros dos testamentos de caráter público confere maior segurança e a necessária acessibilidade ao documento, quando se fizer necessário.

4.8.1 O direito de privacidade do paciente e o dever de confidencialidade do médico

A intimidade e a vida privada são objetos de proteção, elencados dentre os direitos fundamentais da pessoa. Esse direito veio reconhecido ainda na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê no seu art. 12º¹⁰¹⁰ a proteção da lei para intromissões arbitrárias na vida privada. A partir de então, passou a constar dos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos, com previsão dentre os direitos fundamentais constitucionais e proteção conferida pelas leis infraconstitucionais¹⁰¹¹.

Em um sentido amplo, essa proteção está associada aos direitos de liberdade em geral e a do desenvolvimento de sua personalidade, em especial, pois sem essa garantia a outra não teria como se desenvolver. Como refere Ribeiro, a proteção diz com o direito do homem de manter sua individualidade perante os outros e o próprio Estado¹⁰¹².

Interessa, aqui, a análise no sentido mais restrito que diz efetivamente com a possibilidade da pessoa controlar o acesso de terceiros, sejam entidades públicas ou privadas, aos dados de sua esfera pessoal, e em especial relativos à sua saúde.

Reconhece-se assim a existência de uma esfera íntima da pessoa a qual lhe é conferido o poder de proteger contra a curiosidade de terceiros. Nesse sentido, os dados pessoais de qualquer indivíduo devem ser protegidos de todo e qualquer acesso que não seja permitido pelo próprio autor. Na área da saúde, o princípio da privacidade implica no respeito à esfera de intimidade do doente e no dever de sigilo do médico.

Assim, privacidade e confidencialidade possuem conceitos diversos, mas estão relacionadas. A privacidade protege o indivíduo enquanto a confidencialidade é garantia de que dados pessoais não serão divulgados, quando não autorizados¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO (GDDC). **Carta Internacional...**

¹⁰¹¹ Nesse sentido art. 26º da Constituição Portuguesa. No Brasil, art. 5º X e art. 21 do Código Civil.

¹⁰¹² Destaca o autor referindo-se ao conceito amplo do direito de privacidade: “Dirigem-se à essência, ao fundamento do próprio direito, qual seja o direito à liberdade, o direito do homem de manter a sua individualidade não só ante os indivíduos, mas ainda diante do Estado, estando o homem livre para ser conforme as suas pretensões, para criar, para ter reflexões introspectivas, para imaginar, para ter relações com outros sem ser invadido e limitado pela curiosidade alheia”. RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **Proteção da privacidade**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. pp. 20-21.

¹⁰¹³ Refere Loch: “Los términos privacidad y confidencialidad, claramente relacionados entre sí y directamente ligados a valores normativos, protegen las preferencias y los derechos individuales mas, conceptualmente, privacidad y confidencialidad son diferentes: la primera, como un status o un derecho a la intimidad permite la confianza y la seguridad para revelar algo íntimo, en cuanto que la confidencialidad garantiza que la revelación será mantenida en sigilo. En razón de esta diferencia no acontece ninguna violación a los derechos de confidencialidad si el paciente autoriza la divulgación de una

Na esfera da relação médico/paciente, o dever de confidencialidade ganha relevância por permitir a confiança necessária ao paciente para contar fatos e situações de sua esfera pessoal. Assim, esse direito se direciona ao *“dever de sigilo que vincula o médico a manter segredo sobre tudo o que souber do doente em virtude da relação médica que tiver com ele”*¹⁰¹⁴.

O sigilo médico, como outros sigilos profissionais, é tema debatido há tempos. Surge vinculado à ideia de dever profissional, muito antes de ser considerado como um direito do paciente.

Gracia, apresentando o histórico da forma como o dever do sigilo médico foi considerado, demonstra que este nunca foi absoluto. Em verdade, dentre os sigilos profissionais, pode-se dizer que foi o menos blindado, cedendo frente aos interesses da justiça. Assim, embora a confidencialidade seja apresentada sempre como um princípio fundamental da ética médica, o que se verifica é que, dentre os demais sigilos profissionais, como dos procurados e advogados, *v.g.*, é o que fica mais sujeito a exceções¹⁰¹⁵.

É na atualidade que o segredo profissional passa a ser considerado não só um dever, mas uma decorrência do direito à intimidade do indivíduo.

Na área médica, esse reconhecimento, aliado a evolução tecnológica, que permite o conhecimento de dados de esfera cada vez mais íntima, como é o caso dos dados genéticos, e ainda o uso da informática para a compilação desses, retorna a preocupação com uma blindagem maior dos dados médicos.

Dentre todos os dados pessoais sujeitos à proteção, os dados relativos à saúde são classificados como «dados sensíveis» e, como tais, devem estar sujeitos a uma maior proteção. Não poderia ser de outra forma, pois dizem respeito à esfera mais íntima do indivíduo.

información, aunque ocurra una pérdida tanto de la confidencialidad como de la privacidad con la revelación”. (Livre tradução: “Os termos privacidade e confidencialidade, claramente relacionados entre si e diretamente ligado a valores normativos, protegem as preferências e os direitos individuais, mas, conceitualmente, privacidade e confidencialidade são diferentes: a primeira, como um status ou um direito à intimidade permite a confiança e a segurança para revelar algo íntimo, enquanto que a confidencialidade garante que a revelação será mantida em segredo. Devido a essa diferença não acontece nenhuma violação aos direitos de confidencialidade se o paciente autoriza a divulgação de informações, ainda que ocorra uma perda de confidencialidade e da privacidade com a revelação”). LOCH, Jussara de Azambuja. **La confidencialidad en la asistencia a la salud del adolescente**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 41.

¹⁰¹⁴ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de. Bioética: a relação típica do médico com o doente. In: SILVA, João Ribeiro; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martin (Coord.). **Contributos para a bioética em Portugal**. Lisboa: Edições Cosmos, 2002. p. 193.

¹⁰¹⁵ Com relação ao histórico ver, GRACIA, Diego. **Pensar...**, p. 331.

O caráter «sensível» desses dados e a difusão das informações conduziu à preocupação e à necessidade de *“dotar de maior proteção os dados privados em geral e os de saúde em particular”*¹⁰¹⁶.

De toda sorte, permanecem como não absolutos, de forma que cedem frente a interesse público maior, como são as questões de justiça ou quando relacionadas à saúde de terceiro. Em qualquer dos casos é importante que se reconheça que a quebra do segredo somente pode ser feita *“de modo excepcional, somente por ordem judicial, e de modo que se revele o menor número de dados possíveis e ao menor número de pessoas”*¹⁰¹⁷.

O conteúdo das diretivas antecipadas é relativo a situações da intimidade da pessoa e, como tal, somente a elas é dada a possibilidade de tornarem públicas tais manifestações. Considerando a finalidade de uma diretiva, é de ser reconhecido o caráter «sensível» desses dados e a importância desse sigilo.

A legislação portuguesa, no art. 18º, estabelece o caráter sigiloso das informações¹⁰¹⁸.

Direciona o dever de confidencialidade também ao procurador para cuidados de saúde, que terá conhecimento da existência e conteúdo, em função da sua nomeação e que, assim, de posse de dados de terceiros, também deverá observar o caráter sigiloso dessas informações.

Com relação aos profissionais da área da saúde que tiverem conhecimento da existência de uma DA ou acesso ao seu conteúdo, a confidencialidade decorre tanto do dever profissional, como em função do respeito do direito à intimidade do paciente.

Tanto em decorrência do registro que disponibilize as diretivas, como pela manifestação anotada em prontuário, ou mesmo apresentação direta ao profissional, os dados em questão ficarão acessíveis a um grande número de pessoas que tenham acesso a esses prontuários (físicos ou virtuais). Contudo, considerando que esse acesso vem em

¹⁰¹⁶ Cfr. GRACIA, Diego. Ética..., p. 345.

¹⁰¹⁷ Gracia, ao tratar da confidencialidade desses dados de caráter sensível, apresenta duas posturas que podem ser adotadas, uma que denomina «blindagem débil» e outra «blindagem forte». A primeira afirma que deve ceder em caso de conflito com outros direitos fundamentais, cabendo ao juiz determinar as situações. Na segunda, entende que a exceção a um segredo profissional somente pode ser estabelecida frente a outro dever profissional, qual sejam, aquelas relativas a saúde de terceiro. Reconhece o autor as legislações nacionais “costumam optar pela blindagem débil, e, portanto, permitem e até exigem que se rompa o segredo não apenas para proteger a saúde de outras pessoas, mas também por necessidades da administração de justiça”. O autor salienta, porém, que mesmo nessa blindagem mais débil reconhece-se que a quebra somente deve ser feita em casos excepcionais. GRACIA, Diego. **Pensar...**, p. 346.

¹⁰¹⁸ Dispõem o art. 18º: “todos aqueles que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde ficam obrigados a observar sigilo profissional, mesmo após o termo das respetivas funções”. PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 25/2012 de 16 de julho...**

primeiro lugar em benefício do paciente, a abertura dessa confidencialidade estaria justificada, ressalvados, naturalmente, casos de abuso ou indevida utilização desses dados.

4.8.2 A utilização imprópria das disposições antecipadas

Reconhecido como dados privados e como tal protegidos pelo sigilo, em função do direito fundamental das pessoas à sua intimidade, a utilização indevida desses implica na incidência das sanções previstas.

As repercussões dos desejos e vontades para os cuidados de saúde podem ter influências em áreas para as quais não são direcionadas. Exemplificando, planos ou seguros de saúde poderiam se utilizar do conhecimento da existência de uma diretiva ou mesmo de seu conteúdo para decisões sobre aceitação ou não do paciente, assentados em um interesse econômico, o que deve, evidentemente, ser evitado.

Nunca é demais repetir que as diretivas antecipadas visam o exercício da autonomia pessoal referente aos direitos existenciais. É um exercício ético com vistas a assegurar a existência digna da pessoa até o momento final.

Esses dados, pois, estão assegurados pelo sigilo de forma que somente devem ser utilizados quando houver necessidade e em prol do paciente. Desta forma, a divulgação ou a utilização indevida de informações relativas à existência ou ao conteúdo de uma diretiva estão sujeitas a sanções que vierem previstas, tanto em nível administrativo como judicial.

A proteção de dados pessoais é uma preocupação internacional e a forma de discipliná-la varia de país para país¹⁰¹⁹. Não há, pois, uma disciplina única estabelecida com relação à proteção dos dados pessoais.

¹⁰¹⁹ Nesse sentido: “Legislation on data protection is based on an individual’s right to privacy. However, the meaning of privacy and the origins of an individual’s right to privacy can vary. As a result, policies and laws governing the right to privacy differ from country to country. Because of this divergence in the treatment of the right to privacy, legislation protecting the treatment of personal data can vary between or even within regions. Generally speaking, the treatment of data protection has followed one of three approaches. The European system is the strictest current system of government-regulations with legislation governing both the collection of personal data by the government and private organizations. The United States’ follows a bifurcated approach, which allows industry regulation of personal data collected by private organizations and government regulation of data collected by the government. And finally, several Latin American countries have data protection mechanisms based on the writ of *Habeas Data*, which is a constitutional right that allows individuals to access to their own personal data and the right to correct any mistaken information. Several Latin American states have also recently adopted comprehensive legislation on privacy/data protection”. (Livre tradução: “Legislação em matéria de

Especial preocupação deve ser tida com relação aos bancos de dados armazenados, como é o caso das informações registradas, por exemplo, no RENTEV, que prevê a digitalização das DA's apresentadas e a disponibilidade via sistema online.

As sanções poderão ser estabelecidas na esfera administrativa, civil e penal. Administrativamente, responde o profissional da saúde perante o conselho próprio.

Na esfera penal, a quebra do sigilo a que está obrigado implica na responsabilização criminal. Tanto Portugal como o Brasil tipificam a quebra de sigilo devida em razão da profissão¹⁰²⁰.

Na área cível, por sua vez, o ato indevido fica sujeito à reparação mediante indenização pelos danos causados, sejam eles materiais ou apenas na esfera moral, exigindo-se, pois, para sua caracterização, a quebra do dever e a comprovação do dano, decorrente desse ilícito.

protecção de dados é baseado no direito do indivíduo à privacidade. No entanto, o significado da vida privada e as origens do direito do indivíduo à privacidade podem variar. Como resultado, as políticas e leis que regem o direito à privacidade diferem de país para país. Por causa desta divergência no tratamento do direito à privacidade, legislações que protegem o tratamento de dados pessoais podem variar entre ou mesmo dentro de algumas regiões. De um modo geral, o tratamento de proteção de dados tem seguido uma das três abordagens. O sistema europeu é o mais rigoroso sistema atual de regulamentações governamentais com a legislação que rege a recolha de dados pessoais por parte do governo e organizações privadas. Os Estados Unidos seguem uma abordagem bifurcada, que permite que a regulamentação de dados pessoais recolhidos por organizações privadas pelo próprio sector e regulamentação governamental de dados coletados pelo governo. E, finalmente, vários países latino-americanos têm mecanismos de proteção de dados com base no recurso de *habeas data*, que é um direito constitucional que permite aos indivíduos para seu próprio acesso aos dados pessoais e o direito de corrigir qualquer informação equivocada. Vários países latino-americanos também adotaram recentemente uma legislação abrangente sobre proteção de dados / privacidade"). PERMANENT COUNCIL OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATE (OEA). **Comparative Study: Data Protection In The Americas**. CP/CAJP-3063/12. 3 April 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-3063-12_en.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

¹⁰²⁰ Código Penal brasileiro: Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tenha ciência, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena - detenção de 3 meses a um ano ou multa de 1 a 10 mil cruzeiros. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Código Penal português: Artigo 195.º - Violação de segredo - Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

Capítulo Quinto - DIRETIVAS ANTECIPADAS - FUNDAMENTOS E EFETIVIDADE

5.1 Fundamentos das diretivas antecipadas

5.1.1 *A adequação bioética*

As declarações antecipadas relativas aos cuidados de saúde são negócios jurídicos adequados aos princípios e fundamentos bioéticos.

De acordo com a teoria principialista da bioética referida no capítulo primeiro dessa tese, as diretivas atendem ao princípio do respeito pela pessoa, por meio do acolhimento das decisões emanadas destas.

Diante do reconhecimento da autonomia da pessoa, o princípio preleciona a observância das decisões pessoais quando se tratam de manifestações racionais, emitidas por indivíduo com capacidade e discernimento.

O princípio do respeito à pessoa, também tratado como princípio da autonomia, é relevante porque está de acordo com toda a visão de relacionamento médico/paciente atual. Preconiza-se a interação entre o profissional da saúde e o paciente, e não mais o modelo paternalista, no qual a decisão era tomada pelo médico, na condição de quem sabe o que é melhor para o outro.

Os diversos modelos de relacionamento médico/paciente identificados ao longo do tempo foram tratados no primeiro capítulo dessa tese. Vários fatores contribuem para a alteração da orientação de atendimento dos pacientes. Apesar da doença, são pessoas dotadas de capacidade de tomada de decisão, quando devidamente munidas das informações que os permitam terem conhecimento real da situação.

Os princípios norteadores da ética nas decisões de vida e viver, quais sejam, beneficência, não-maleficência, respeito à pessoa e justiça, nos casos concretos, podem se sobressair um ao outro. O atendimento conjugado desses referenciais, contudo, é o ideal.

A aplicação do princípio da beneficência por parte de uma equipe médica deve estar de acordo com o princípio do respeito à pessoa. Em um caso de doença terminal de nada adianta fazer o bem que o médico considera, voltado para a tentativa de cura, se ele atinge valores do paciente, por exemplo, aplicando tratamentos que não agregam resultado e que possam estar causando dano. Daí que, interagindo com o paciente, as

decisões sobre o que é fazer o bem ou não fazer mal devem ser tomadas, levando em conta as manifestações deste, em respeito à sua pessoa.

Enquanto em matéria de saúde podemos dizer que os princípios da beneficência e não-maleficência seguem disposições de ética médica, fazendo parte inclusive do juramento hipocrático, ainda hoje referencial em termos médicos, o respeito à pessoa é referencial já mais novo. Agrega-se aos demais princípios quando se verifica a necessidade de adequação ética das práticas nessa área.

Surge daí a noção do consentimento livre e esclarecido, termo que traduz essa interação do médico para com o seu paciente. Lembrando que o consentimento não é um ato, mas um processo no qual cabe ao médico passar toda a informação que permita ao paciente tomar a decisão. Daí porque dentre suas características indica-se como termo «esclarecido». Igualmente, como toda a manifestação de vontade deve ser isenta de vícios, isto é, apresentada de forma livre.

As disposições antecipadas de cuidados de saúde seguem essa mesma linha do consentimento informado, valorizando a autonomia do paciente, que é parte mais interessada nesse processo, em especial porque as decisões em questão dizem respeito a sua vida e a sua saúde.

O desenvolvimento da ciência e, em especial na área farmacológica e médica, é relevante para a humanidade na medida em que consegue adequar sua utilização em prol dos benefícios da pessoa como um todo. Reitera-se que toda a evolução na cura de doenças e no prolongamento da vida deve ser utilizada de acordo com os interesses e em benefício da pessoa. Para tanto, o primeiro ponto é o respeito que é devido às suas decisões. Ou seja, as decisões quanto aos cuidados de saúde e fim de vida tem na pessoa do paciente a direção e o limite desses cuidados.

Além dos princípios referidos, o modelo da bioética complexa, já analisado no item 1.2, adquire relevância na tomada de decisões de fim de vida ao incluir referenciais de conteúdo mais individual¹⁰²¹.

Esse modelo reconhece a complexidade envolvida quando são necessárias decisões dessa importância. Visa auxiliar na busca da melhor solução possível, considerando, além de vários referenciais teóricos, também referenciais não racionais ligados ao sistema de crenças. Nesse, os vínculos afetivos, os valores, as emoções e os desejos são fatores que interferirão na decisão final.

¹⁰²¹ Sobre o modelo de bioética complexa ver GOLDIM, José Roberto. O consentimento...

Para tanto, indica como primeiro passo a identificação clara da situação do paciente, com todos os fatos e circunstâncias envolvidos, bem como a indicação de todas as alternativas disponíveis para o quadro delineado, com as respectivas consequências de cada uma dessas opções. Agregando os referenciais teóricos e os de natureza não racionais, busca estabelecer a decisão mais adequada para as ações que digam respeito a vida e ao viver.

No modelo deliberativo de relação médico/paciente¹⁰²², o médico assume um papel bastante ativo, ao expor a clara situação em que o paciente se encontra, as alternativas possíveis para o tratamento e os efeitos decorrentes de cada uma dessas opções. Mas deve saber ouvir as expectativas desse paciente, as crenças que desenvolveu durante toda a sua vida, as projeções de futuro dele. Assim, uma discussão com base racional permite uma busca compartilhada pela melhor decisão, assegurando o respeito à autonomia do paciente, que terá voz ativa no processo.

Como se verifica, buscar a decisão mais adequada exige um modelo de interação entre a equipe médica e o paciente, bem como a consideração de referenciais diversos, que devem ser conjugados.

O planejamento antecipado de cuidados médicos sobre o qual se referiu no item 2.5.2 é um exemplo claro da aplicação do modelo complexo proposto para reflexão e tomada de decisão. Salienta-se que o planejamento é feito sobre uma base mais concreta, qual seja, constatada uma doença grave que esteja se agravando e caminhe para uma possível situação de terminalidade. Médico e paciente, então, frente às muitas situações que podem decorrer da evolução da doença, passam a prever os cuidados a serem aplicados em cada uma delas, conjugando o conhecimento técnico do médico que deve expor as opções disponíveis e respectivas consequências, com os valores e crenças do paciente.

As decisões que visam recusar um tratamento ou terapia médica, em situações de fim de vida, mostram-se como adequadas. A recusa pode ser direcionada a não realizar ou a interromper um tratamento. Embora a diferença aparente, quando aplicadas em situações de fim de vida, e de forma adequada, cumprem a mesma finalidade.

Reconhecida a futilidade de um determinado tratamento, assim entendidos os tratamentos que não agreguem nenhum benefício ao paciente, podendo, ao contrário, serem dolorosos, privilegiar o bem viver sobre a vida é decisão que se mostra adequada.

¹⁰²² Sobre o modelo deliberativo ver SGRECCIA, Elio. **Manual...**, p. 278.

Inadequado seria impor sofrimento ao paciente, com a realização de tratamentos sem benefícios, em especial se não há a concordância da pessoa com a sua realização. Daí que a teoria do consentimento informado visa exatamente garantir que o paciente competente possa participar da decisão.

Uma vez reconhecida a importância do paciente participar na tomada de decisão, podendo aceitar, recusar ou mesmo interromper tratamentos de saúde, é decorrência lógica que essa decisão se encaminhe também para o fim de vida, mesmo que a pessoa não tenha mais condições de se manifestar.

Essas decisões encontram-se na esfera de decisões existenciais, que no âmbito do direito privado cabem apenas à própria pessoa. Nesse sentido, aliás, os acórdãos analisados no primeiro capítulo dessa tese.

Ressalta-se o acórdão do julgamento pela Suprema Corte Americana do caso *Nancy Cruzan*, no ano de 1990 que, embora tenha reconhecido a possibilidade de disposição do próprio corpo, teve resultado contrário ao desligamento dos aparelhos porque não havia clara manifestação da parte, em decisão que caberia somente a ela.

Refere o acórdão que a escolha entre a vida e a morte é uma decisão profundamente pessoal, tanto que permitiu ao Estado fazer maiores exigências probatórias com vistas a resguardar o elemento pessoal. Ou seja, foi reconhecido o direito de disposição do próprio corpo por decisão pessoal e intransferível. Mas, no caso concreto, diante da impossibilidade de manifestação da parte, teve-se por legítima a exigência de provas contundentes de que a escolha da paciente seria pela retirada dos aparelhos¹⁰²³.

A Corte americana, nesse acórdão que foi paradigmático, reforça o Direito Constitucional de garantir a pessoa competente o direito de recusa a tratamento¹⁰²⁴. Abriu as portas para as manifestações antecipadas quando a situação clínica não permite mais a manifestação direta da pessoa.

¹⁰²³ Consta do acórdão: "The choice between life and death is a deeply personal decision of obvious and overwhelming finality. We believe Missouri may legitimately seek to safeguard the personal element of this choice through the imposition of heightened evidentiary requirements". (Livre tradução: "A escolha entre a vida e a morte é uma decisão profundamente pessoal de finalidade óbvia e esmagadora. Acreditamos que o Missouri pode legitimamente procurar salvaguardar o elemento pessoal desta escolha através da imposição de exigências de evidência reforçadas"). VLEX UNITED STATES. **Cruzan...**, p. 12.

¹⁰²⁴ Nesse sentido: "But the proposes of this case, we assume that the United States Constitution would grant a competent person a constitutionally protected right to refuse lifesaving hydration and nutrition". (Livre tradução: "Mas nas propostas deste caso, assumimos que a Constituição dos Estados Unidos concederia a uma pessoa competente um direito constitucionalmente protegido de recusar o suporte de vida da hidratação e da nutrição"). VLEX UNITED STATES. **Cruzan...**, p. 11.

A necessidade de uma manifestação por parte da própria pessoa, no que diz respeito a disposição do próprio corpo, autorizando a retirada de suporte de alimentação e hidratação que conduziriam para a morte do paciente, foi referida em todos os acórdãos analisados. Quando autorizada a retirada do tratamento, foi considerando que esta seria a decisão do paciente caso pudesse se manifestar, em um exercício de reconstrução da vontade, considerando valores, crenças e manifestações anteriores que tenham sido provadas em juízo.

Ou seja, houve sempre cuidado de respeito pela vontade da pessoa. Nesse passo, pois, salienta-se a importância e a segurança conferidas pelas diretivas. Nas situações fáticas que chegaram a juízo, a existência dessas manifestações, nos moldes que se propõem, ou seja, materializadas em um documento, seriam o elemento decisivo no cumprimento da vontade do paciente.

Na análise a respeito da relação médico/paciente, desenvolvida no âmbito privado das relações, chama a atenção o reconhecimento, mesmo por parte do paciente, da autoridade do médico. Tanto em decorrência da especificidade de seu conhecimento, como porque o modelo paternalista tem subjacente uma certa comodidade de quem não tem a necessidade de tomar a decisão. Naturalmente que essas circunstâncias isentam o paciente de responder pelo resultado, seja favorável ou desfavorável.

Fazer escolhas próprias é bastante difícil, em especial pela sensação de desproteção da pessoa. Contudo, deve-se lembrar que, em termos de adequação ética, o modelo de interação médico/paciente é o que melhor se apresenta, exatamente porque presume o cuidado do médico para com o seu paciente, auxiliando, esclarecendo e, desta forma, participando do processo de decisão. O paciente não deve sentir-se desamparado, mas sim apoiado e valorizado na medida em que é quem toma a decisão final com base nas análises procedidas.

Conforme estudo realizado em unidade de terapia intensiva pediátrica, constatou-se a manutenção do perfil paternalista por parte dos profissionais da área médica. Embora envolvesse os familiares na decisão final de limitação do suporte de vida, essa interação não acontecia em todo o processo de tomada de decisão. Além do que, não há maior participação do restante da equipe de saúde, como, por exemplo, enfermeiros, que poderiam contribuir nesse processo¹⁰²⁵.

¹⁰²⁵ Referem os autores: “O modelo de tomada de decisão na UTI pediátrica estudada ainda pode ser considerado como predominantemente paternalista, apesar de dar amostras de estar migrando para uma

Em situações de urgência em que esteja em jogo o direito à vida, e que não permitam a interação, quer porque a atuação médica deva ser imediata, quer porque o paciente não tem condições de se manifestar (de forma mais comum quando ambas as condições se conjugam, ou seja, o médico não tem como interagir com o paciente e deve tomar uma decisão imediata), a decisão cabe ao médico, que deverá observar a arte atual da ciência, empreendendo esforços em prol da manutenção da vida do paciente.

Contudo, havendo a possibilidade de interação ou o conhecimento da decisão para a situação em que a pessoa se encontra, a vontade do paciente deve prevalecer.

A existência de uma diretiva antecipada a indicar os cuidados médicos que deseja e aqueles que não deseja receber, pois, é uma forma de contornar o problema da incapacidade de manifestação, bastante usual nas circunstâncias médicas que envolvem decisões difíceis. Permite que, mesmo nestas circunstâncias, a vontade do paciente possa ser atendida, na medida do possível, reforçando a sua autonomia.

O acolhimento de diretivas feitas pelo paciente demonstra esse cuidado e atenção do profissional responsável pelo atendimento para com a pessoa do paciente.

Reitera-se que, no desconhecimento da existência de uma diretiva antecipada, deve o médico empreender esforços em prol da vida. Até porque somente assim poderá haver a possibilidade de que a pessoa retome a consciência e venha a se manifestar. O contrário, ou seja, a não aplicação de uma terapia em um paciente terminal, conduziria a uma situação irremediável.

A diretiva antecipada, pois, é a maneira de assegurar a vontade do paciente. Também permite, ainda que de forma projetada, que sejam considerados os referenciais teóricos e o sistema de crenças, direcionando a melhor solução em cada uma das situações.

Na elaboração de uma diretiva antecipada, não há obrigatoriedade da participação do médico. Ainda que ato solitário do paciente, este deve estar ciente do que representam os tratamentos aos quais concorda ou recusa se submeter, de forma que a sua manifestação possa ser considerada como esclarecida. A consulta a um médico

proposta de decisão mais compartilhada. As decisões não foram exclusivamente tomadas pelos médicos, mas a participação dos profissionais de enfermagem foi baixa neste período. Os familiares foram sempre informados e envolvidos no processo de tomada de decisões, desde o início das discussões sobre LSV. A participação se deu mais no sentido de aceitar ou recusar as opções propostas, do que no sentido de compartilhar propriamente as decisões. Isso é semelhante ao que foi verificado na França. Esse mesmo modelo é também descrito em países com culturas semelhantes à brasileira, como Argentina, Portugal e Itália. As percepções de enfermeiros e médicos referidas em publicações nacionais e internacionais em muito se assemelham aos dados obtidos no presente estudo". TROTTA, Eliane et al. Percepção..., p. 338.

de confiança que forneça esses esclarecimentos é medida recomendada como forma de garantir não só os esclarecimentos para o paciente, como também a coerência lógica das determinações para fins de cumprimento futuro.

De toda sorte, nas diretivas deve ser permitido espaço para que a pessoa possa expor não só os tratamentos que pretende realizar ou recusar, como também indicar questões relacionadas ao seu sistema próprio de crenças e aos vínculos afetivos. Esses referenciais, por dizerem respeito a própria pessoa, não necessitam de nenhum conhecimento especializado. Salienta-se a necessidade de clareza na exposição desses referenciais, permitindo identificar com certeza qual seria a decisão do paciente, nas mais diversas situações que possam se apresentar.

Na relação com a equipe médica, essas declarações de vontade não podem ser consideradas apenas como uma etapa burocrática a ser vencida, ou utilizadas como um mecanismo de defesa do profissional para corroborar com uma decisão pessoal sua, advertência da qual já se fez referência ao tratar do consentimento informado¹⁰²⁶. É necessário que sejam verdadeiros instrumentos para o exercício da autonomia, que garantam a observação da vontade do paciente no momento em que este não puder se manifestar. A adequação ética desses atos somente pode ser considerada se for para garantia do paciente.

Considerando que a tomada de decisão deve, pois, partir da própria pessoa, e que o respeito pelas suas decisões deve se estender por toda a sua existência, inclusive nos momentos finais, as diretivas antecipadas devem ser acolhidas como uma opção legal, reconhecida a sua adequação ética para as circunstâncias de fim de vida.

5.1.2 A adequação aos valores constitucionais

A Constituição e os direitos humanos são os pilares da argumentação jurídica atual, embora necessitem serem sempre «reforçados»¹⁰²⁷.

As diretivas antecipadas, por sua vez, encontram nos direitos fundamentais imediatamente ligados à dignidade da pessoa fundamento para sua inserção nos ordenamentos jurídicos.

¹⁰²⁶ Nesse sentido ver: FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento..., p. 78.

¹⁰²⁷ Cfr. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. 2. reimp. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9.

Esses direitos são reconhecidos para a garantia das liberdades individuais e, de consequência, da autonomia pessoal. Devem ter uma leitura conjunta, de forma a estabelecer quais são os bens ou posições jurídicas que devem ser objetos de proteção por parte do Estado. Considerando a pessoa como fim em si mesmo, a proteção devida pelo Estado deve possibilitar, sempre que se tratar de questões da esfera mais íntima, o efetivo exercício dessa autonomia.

Tem-se, aqui, um encadeamento dos direitos diretamente ligados ao conceito de dignidade para chegar ao ponto de reconhecer que é a própria pessoa quem estabelece o conteúdo e sentido de dignidade para si.

O paradigma atual é o da pluralidade, do reconhecimento de que cada pessoa é uma e de que se tem direito a diferença e a diversidade. Não uma diferença que discrimine, mas a diferença que permita o exercício de todo o potencial do ser humano. A tendência atual “*é identificar a diferença e respeitá-la*”¹⁰²⁸. A igualdade, portanto, dirige-se para a concretização da proteção a todos, de forma que tenham garantidos seus direitos, mas com respeito às diferenças.

Dentre os direitos fundamentais, a igualdade é um dos direitos de mais difícil concretude, considerando exatamente a necessidade de se equacionar uma igualdade formal e material, reconhecendo as diferenças a serem protegidas e asseguradas.

Não há espaço nas sociedades atuais para a imposição de padrões, por mais confortável que possa parecer. O paradigma atual é o da convivência com a diversidade, único espaço em que o livre desenvolvimento pessoal é permitido. A diferença de crenças, religiosas ou filosóficas, de opiniões, de ideias, de desejos, é múltipla. Privilegiar umas em detrimento das outras retiraria a característica própria do ser humano, que é exatamente a capacidade de se autodesenvolver.

Como refere Otero: “*uma cultura da vida fundada na dignidade da pessoa humana pressupõe sempre um livre desenvolvimento da personalidade*”¹⁰²⁹. E considerando que essa personalidade está sempre em desenvolvimento, é preciso conceder os espaços que permitam a cada pessoa agir de acordo com o sistema de crenças que vier a desenvolver.

¹⁰²⁸ Lecionam Marques e Miragem: “isto é, identifica nos grupos em que há uma “unidade diferencial” coletiva e mantê-la sem suprimi-la, sem querer transformar a diferença em “igualdade” ou “normalidade”. Trata-se, em nossa opinião de uma nova igualdade com “alma” e com “calma”, como ensina Berthiau: a igualdade dos desiguais, quase uma equidade, pois há uma nova sensibilidade com o “alter”, que exige mais atenção dos privados nas suas relações (civis, empresariais, de consumo, de família e sucessões), e dos aplicadores da lei”. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito...**, p. 179.

¹⁰²⁹ Cfr. OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 579.

A diversidade é uma das características humanas que nos permitiu o grau de desenvolvimento alcançado. É nas diferenças que crescemos, tanto no individual como no coletivo. É na convivência com as diferenças que o homem se aperfeiçoa.

O papel do Estado na concretização desses direitos fundamentais implica reconhecer que todos são iguais em direitos e dignidade e garantir a cada pessoa a possibilidade de livremente desenvolver sua personalidade e exercer sua autonomia.

Ainda que reconhecida a possibilidade e a existência de limites a autonomia pessoal, que pode ser imposta pelo Estado diante de ponderação de valores maiores, adequando o individual e o social, é certo que há uma esfera de liberdade que deve ser assegurada, como forma de concretizar os princípios constitucionais maiores.

A vida e a integridade física são direitos admitidos e protegidos porque essenciais para o desenvolvimento de toda a potencialidade do ser humano, tanto biológica como intelectual e social. A essa vida é afirmado o direito de livremente se desenvolver, tanto que todos os direitos fundamentais estabelecidos o são com vistas a garanti-lo. Em consequência, o espaço de autonomia privada, assim considerado como o espaço de autodeterminação e ação, deverá ser assegurado.

Se é permitido que a pessoa possa livremente se desenvolver, deverá ser concedida também a possibilidade de agir de acordo com as crenças e valores desenvolvidos ao longo de sua existência, de se autodeterminar, tomando decisões nas esferas pessoais que lhe digam respeito e de poder colocá-las em prática. De nada adiantaria a garantia da liberdade sem a consequente efetivação das suas decisões.

O indivíduo, como ser social que é, apenas se desenvolverá na relação com o outro e, dessa forma, é necessário que abra mão de parte de sua liberdade para fins de regulação, pelo Estado, da sua convivência em sociedade.

Contudo, na esfera de decisões mais íntimas que não atingem terceiros de forma direta, a autonomia deve ser assegurada. Identifica-se, sempre, um espaço de maior autonomia relativa às decisões da esfera íntima e individual da pessoa. Essa esfera mais restrita deve ser também um espaço de menor intervenção possível por parte do Estado, que ao contrário deve estar presente para assegurar o respeito às decisões emanadas da pessoa.

Há também que se ter presente o dever de proteção do Estado. Otero identifica na neutralidade do Estado, *“expressa pela sua inércia na defesa de uma ordem ética”*¹⁰³⁰, um risco potencial de que a «cultura da morte», como denomina, encaminhe para regimes totalitários, nos quais os Estados de direitos humanos sejam meros desejos não concretizáveis¹⁰³¹.

Um Estado neutro na sustentação de valores ético permite maior liberdade individual, com riscos a igualdade, ou seja, com potencial ameaça de prevalência do mais forte sobre os mais débeis e vulneráveis. Assim, cabe a imposição de limites a essa liberdade e autonomia individual, desde que não atinjam o núcleo essencial desses direitos.

A vedação legal à eutanásia, ainda dominante na grande maioria dos países, ou da imposição de requisitos legais para a realização dessa prática, de forma a se ter garantias de que a prática não conduza a uma imposição a pessoa ou possibilite que a decisão seja tomada por terceiros, são exemplos dessas limitações.

Por outro lado, também não cabe ao Estado, em nome dessa proteção e de defesa de um direito à vida, impor maior dor e sacrifício à pessoa, exigindo a manutenção de processos de final de vida, por tempo indeterminado, em situações que não conferem nenhuma dignidade à pessoa, em especial quando vão contra manifestações expressas suas.

Por isso, permitir a tomada de decisões relativas ao fim de vida, na medida da sua própria dignidade, encontra fundamento nos direitos maiores da pessoa.

Como refere Pereira: *“considerando o direito à vida, à liberdade e o princípio da dignidade humana, garantidos desde 1988, não se pode recusar às pessoas o direito de expressar sua vontade de maneira a orientar os médicos e àqueles com quem convive com afinidade e afetividade”*¹⁰³².

A conjugação dos princípios constitucionais maiores, pois, encaminham para o reconhecimento de que nessa esfera íntima e pessoal, a decisão sobre situações de fim de vida parta da própria pessoa, sujeito autônomo e titular desses mesmos direitos.

A regulação dessas manifestações prévias é uma forma de atuação positiva do poder público na concretização dos direitos fundamentais consagrados.

¹⁰³⁰ Cfr. OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 639.

¹⁰³¹ Cfr. OTERO, Paulo. **Instituições...**, p. 619.

¹⁰³² Cfr. PEREIRA, Tânia da Silva. O direito..., p. 10.

Converge para a proteção do direito à vida digna, que se estende até o final da existência, à liberdade e à autonomia pessoal. Conduz para o reconhecimento do que se denominou nessa tese de direito a um fim de vida digno, para muitos expresso de forma mais direta como um direito à morte digna. Isso porque é reconhecido que “*é direito de qualquer pessoa uma vida com qualidade que termine com uma morte digna*”¹⁰³³.

Opta-se, contudo, por reconhecer o direito a um fim de vida digna, considerando que a dignidade deve se fazer mais presente exatamente nesses momentos finais, que antecedem o ato derradeiro da morte. Durante o processo de morrer a pessoa não deve ser abandonada, mas, ao contrário, é quando exige mais atenção e respeito, no que está incluído o respeito às suas decisões.

Reitera-se que de acordo com os conceitos dispostos nessa tese, a morte é vista como uma etapa da vida e não como a sua oposição. Ou, como refere Lima, “*não há vida sem que, ao fim, haja a morte*”¹⁰³⁴.

Nos conceitos apresentados quando se tratou do momento da morte, é possível verificar que é por ato do próprio homem que esse momento tem sido adiado, em muitos casos, de forma obstinada e degradante. Não reconhecer a finitude do homem e querer vencer a barreira do natural pode conduzir para situações que, no lugar de promover a dignidade do homem, em verdade caminham em direção oposta.

Assim, reconhecer a morte como um fim natural da existência humana e identificar quando a atuação do homem, pela aplicação de novas terapias e medicamentos, apenas prolonga um processo inevitável de morte, não implica em dispor do direito à vida, mas permitir que se transcorra, de forma natural, até o seu final.

A partir do momento que constitucionalmente se estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito, essa dignidade deve ser assegurada em todas as fases da vida, estendendo-se aos seus momentos finais, até a morte¹⁰³⁵.

Igualmente, para a contemporização de direitos que na situação concreta se apresentem contrapostos, é possível a limitação e regramento do exercício desses direitos, sempre tendo por parâmetro essa mesma dignidade.

Autonomia é decorrência lógica dos direitos de liberdade. Na medida em que se confere ao indivíduo liberdade para desenvolver sua personalidade, de acolher suas

¹⁰³³ Cfr. PEREIRA, Tânia da Silva. O direito..., p. 10.

¹⁰³⁴ Cfr. LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. Diretivas..., p. 63.

¹⁰³⁵ Cfr. LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. Diretivas..., p. 65.

crenças e de se expressar, está implícito o poder de se autogovernar. A maior relevância atribuída aos direitos de liberdade e autonomia pessoal decorre do caminho que vem sendo trilhado no reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais.

Na área médica, esse caminho começou a ser traçado no desenvolvimento da teoria do consentimento informado que, ao compreender a necessidade do paciente em consentir, abarca também a possibilidade do dissenso. Assim, mesmo frente a bens fundamentais como a integridade física e a vida, o reconhecimento da possibilidade de recusa ou suspensão de tratamento médico decorre do respeito a essa autonomia da pessoa, conceito que se firmou na área médica e recebeu aval no meio jurídico.

Nesse passo, um bom exemplo diz respeito às decisões relativas a recusa de transfusões de sangue por pessoas que professam a fé cristã denominada como Testemunhas de Jeová. Nos casos que chegam ao judiciário, o encaminhamento das decisões tem se dirigido a acolher a manifestação da pessoa. A jurisprudência mais atual reconhece o direito à autonomia do paciente e a possibilidade de recusa de tratamento, mesmo que em risco bem supremo como é o direito à vida¹⁰³⁶.

Também no que diz respeito à vida e à morte, ou seja, nas questões de decisões referentes ao direito ao fim de vida com dignidade, deve-se reconhecer a autonomia do paciente, com a possibilidade de que decida, considerando-o como sujeito capaz de tomar as decisões relativas aos bens de sua esfera pessoal¹⁰³⁷. Reitera-se que, como bem refere Barroso e Matel, valorizar a autonomia nessas decisões não indica o resultado, senão que transfere para o paciente a decisão que pode ir desde a utilização de tratamentos e terapias disponíveis, até a sua recusa¹⁰³⁸.

Nessa sequência, as declarações que permitam a projeção da vontade da pessoa, com relação aos tratamentos que quer ou não ser submetida, de indicação das crenças e

¹⁰³⁶ Nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nas notas de rodapé do item 3.6 dessa tese, é possível verificar a alteração de posicionamento, com prevalência em um primeiro momento do direito à vida e na sequência pelo reconhecimento da autonomia do paciente na tomada de decisões que dizem respeito ao seu corpo e a sua própria vida. As ressalvas sempre apresentadas do sentido de interferência nas decisões quando digam respeito a crianças apenas confirmam a regra da autonomia da pessoa com capacidade e discernimento para tomada de decisões que digam respeito apenas a sua situação pessoal.

¹⁰³⁷ Leciona Barroso e Matel: “No ambiente da morte com intervenção, a ideia de dignidade como autonomia deve prevalecer, por diferentes razões. A primeira delas é de cunho normativo e foi explorada no tópico anterior: o sistema constitucional dá maior importância à liberdade individual do que às metas coletivas. Ademais, do ponto de vista filosófico, é melhor a fórmula que reconhece o indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e de assumir responsabilidades por elas”. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte...*, p. 55.

¹⁰³⁸ *Cfr.* BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte...*, p. 55.

valores pessoais que devem ser observados para a tomada de decisões que lhe digam respeito, e mesmo a indicação de representante que irá se manifestar no seu lugar, é um caminho para a garantia dos fundamentais direitos da pessoa e encontram nesses mesmos direitos a sua justificativa.

As manifestações prévias que contém a vontade de um paciente em fim de vida sobre os cuidados de saúde que dizem respeito apenas a sua própria saúde e corpo encontram fundamento em princípios constitucionais maiores. Assim, sua inclusão nos ordenamentos jurídicos, quer pela via legislativa, quer pelo acolhimento judicial de manifestações que sejam apresentadas, é um imperativo.

Os atuais Estados contemporâneos, de viés democrático, são necessariamente plurais, ou seja, recepcionam as diferenças, estabelecendo os limites que permitam a convivência harmônica de todos os cidadãos, sem impor um determinado padrão de comportamento que venha a tolher o direito à liberdade de cada um.

As diretivas são mais um instrumento a disposição das pessoas para que possam exercer sua autonomia pessoal, mesmo em situações limites nas quais manifestações expressas já não são mais viáveis.

Naturalmente que, considerando o objeto dessas diretivas e o grau de complexidade na elaboração de seu conteúdo, não são instrumentos isentos de problemas, tanto em questões que dizem com sua validade, como, e talvez em especial, quando dizem com sua eficácia. Não raras vezes a projeção realizada não se apresentará, de forma que as manifestações realizadas se traduziram em meras especulações, conforme já se referiu no quarto capítulo dessa tese.

Contudo, em situações em que se fizerem necessárias a falta da manifestação poderá conduzir para situações delicadas, nas quais, quer por divergências familiares, quer por restrição legal, o paciente receba atendimento contrário ao que seria a sua vontade para aquela situação.

Ainda que possa não ter a utilidade prática que se espera, sequer vindo a ser utilizada, mantém-se a importância das declarações de vontade e a necessidade de sua realização.

As diretivas representarão a vontade da pessoa nas tomadas de decisões reconhecidas como individuais e intransferíveis e, assim, assegurarão o conhecimento e a aplicação da vontade própria da pessoa.

Os acórdãos analisados no primeiro capítulo dessa tese servem como exemplo da importância desses documentos. Neles os pacientes se encontravam em estados vegetativos persistentes, sem nenhuma possibilidade de interação com o meio externo que permite ter o conhecimento de qual seria a decisão deles quanto a manutenção ou retirada de tratamentos naquelas circunstâncias.

A convergência de posição familiar, embora possa ter contribuído para decisões pela suspensão de tratamentos, não foi determinante para isso. As decisões legais foram claras ao reconhecerem a possibilidade de decisão pela suspensão de tratamentos e consequente disposição do próprio corpo. Confirmaram, pois, o reconhecimento do direito de disposição do próprio corpo e, de consequência, de renúncia ao direito à vida em situações nas quais a tentativa de manutenção desta própria vida é que atinge a dignidade que deve permear todo o período de existência humana.

Contudo, exigiam a manifestação pessoal, que não era mais possível diretamente. Assim, apenas por meio de um instrumento prévio que contivesse essa manifestação, haveria a possibilidade de suprir a vontade da própria pessoa.

A ausência dessa manifestação conduziu para: a improcedência do caso Nancy Cruzan no julgamento pela Suprema Corte Norte Americana¹⁰³⁹; a improcedência do caso de M.d.C.S julgado pela Corte Argentina; pela necessidade do ingresso de várias ações com vistas a decisão que permitiu o desligamento dos aparelhos de Eluana Englaro na Itália; e pela disputa judicial que é travada no caso de Vincent Lambert na França.

Refira-se, contudo, que essas decisões buscaram um meio termo. Não reconheceram nem o direito a antecipar o final da vida, nem o dever de prolongar indefinidamente e de forma degradante o processo de morte.

Fica assegurado, contudo, o direito à disposição do próprio corpo, como um direito personalíssimo, que assim pode ser exercido pela própria pessoa, permitindo a recusa de tratamentos que não agreguem benefício.

Os debates sobre fim de vida que estão à volta das novas leis que tratam de disposições antecipadas de vontade estão direcionados, pois, às questões referentes a manutenção da autodeterminação e da autonomia de vontade da pessoa.

¹⁰³⁹ Revertido apenas quando do ingresso de nova ação apresentando prova da possível manifestação do paciente.

Reconhecem a possibilidade de recusa ou interrupção de tratamentos fúteis que não agreguem cura ou minimização de sintomas quando em situações finais de vida. Parte do reconhecimento de que a morte é uma etapa da vida e exige o atendimento de qualidade que mantenha a dignidade da pessoa até o momento final. Reconhece que, por vezes, a defesa a vida representa apenas uma extensão do processo de morte, sem qualquer valor associado a esse momento final. A ausência da possibilidade de acolhimento da vontade do próprio paciente nesses momentos finais apenas intensifica a ausência de qualidade de vida.

De outro lado, cuidados essenciais que visem evitar dor e sofrimento, e, em especial, quando tratamentos curativos já não se mostram possíveis e eficazes, e a possibilidade do paciente de ser ouvido e respeitado em suas decisões, são indicativos de qualidade de vida, o que confere e reconhece dignidade à pessoa.

Acolher as diretivas é permitir que as manifestações se projetem mesmo em momentos finais em que a pessoa tenha perdido a capacidade de se expressar. Tem seu fundamento no direito à liberdade geral, que implica em reconhecer a autonomia e autodeterminação da pessoa de acordo com os valores desenvolvidos ao longo da vida.

Prevalecerá o que lhe for mais caro e importante, sejam decorrentes de crenças pessoais, sociais ou religiosas. Permite o mínimo de interferência na chamada esfera íntima.

O fundamento constitucional, pois, encaminha para o acolhimento legal e jurídico dos negócios, nos quais constem as manifestações relativas aos cuidados de saúde que uma pessoa aceita ou não receber caso não possa se manifestar.

Como refere Otero, *“a Constituição comunga dos fins do Direito e, simultaneamente, fundamenta uma ordem axiológica alicerçada em tais postulados, procurando ainda redefinir novas regras de equilíbrio ou de procedência entre os valores subjacentes aos fins do Direito”*¹⁰⁴⁰.

Considerando que o sistema jurídico como um todo deve estar adequado aos valores maiores expostos na Constituição, as diretivas encontram seu fundamento nessas disposições, pois é pelo princípio da autonomia que se aplica e se realiza o respeito à dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁴⁰ Cfr. OTERO, Paulo. Pessoa..., p. 344.

5.2 A recepção pelos ordenamentos jurídicos

5.2.1 A legislação infraconstitucional

A consciência social, sob o princípio da dignidade humana e primado da autonomia da vontade e as novas situações de avanço da ciência-médica, trouxeram ao plano da existência, como fato jurídico válido e eficaz, o ato de vontade de prévias recomendações sobre cuidados de saúde e fim de vida a serem acatadas pelos médicos e familiares, no momento final da vida.

Diante de um determinado comportamento que surja na sociedade, a ordem jurídica pode tê-lo por relevante e assim lhe conferir valor ou pode entender por irrelevante e deixar fora de seu campo de previsão¹⁰⁴¹. Ao reconhecer a relevância jurídica de um determinado comportamento humano, transporta esse comportamento para o patamar de um «ato jurídico».

Situações concretas que conduziram a manutenção de uma vida artificial por longo período de tempo, diante da impossibilidade de manifestação da decisão pessoal do paciente, fizeram com que se pensasse nas manifestações prévias. Essas novas situações vivenciadas, aliadas a valorização da decisão pessoal, levaram ao surgimento das DA's.

Os casos que chegaram aos tribunais traduzem com clareza as situações geradas em razão da pessoa se ver impossibilitada de se manifestar. Nos acórdãos analisados no item 1.6 desta tese, embora reconhecida a possibilidade de disposição do bem vida por seu titular, em situações extremas como os casos de estados vegetativos persistentes, entendeu-se pela necessidade de perquirição da manifestação pessoal, embora reconhecido que naquelas circunstâncias não era mais possível obtê-la. Partiu-se, então,

¹⁰⁴¹ Preleciona Betti: “Podem dar-se três hipóteses: ou a) o direito se desinteressa do comportamento em questão, que, nesse caso, será juridicamente indiferente; ou então faz dele objeto de valoração normativa b) positiva, ou c) negativa. Na valoração que dele faz, pode o direito assumir uma dupla atitude, conforme aprove ou reprove o comportamento como socialmente útil ou danoso, e procure, por conseguinte, favorecê-lo ou combatê-lo. Mais precisamente: a valoração jurídica pode fazer-se, quer no sentido b) de ligar a um determinado comportamento um tratamento jurídico conforme ao interesse ou ao intento normalmente determinante, quer c) no sentido de lhe atribuir, por meio de preceitos de caráter sancionatório, efeitos jurídicos desconformes ou contrários a esse intento. Na primeira hipótese, b) o comportamento é qualificado como lícito; na segunda, c), como ilícito. [...] os atos jurídicos lícitos distinguem-se em atos juridicamente obrigatórios e atos juridicamente livres, e estes ainda se dividem em atos necessários para obtenção de um efeito útil pelo interessado e atos meramente facultativos”. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1..., p. 22.

para a tentativa de reproduzir a vontade presumida do paciente nessas situações. Por meio da reconstrução da personalidade, estilo de vida, manifestações em situações similares, procurou-se estabelecer qual seria a decisão da pessoa se ela pudesse comunicar. Nos casos em que foi possível a reconstrução da vontade presumida do paciente com maior segurança, o resultado foi pela possibilidade de desligamento dos aparelhos, enquanto que nos casos em que os elementos probatórios do processo não eram suficientes para estabelecer com margem de segurança a vontade do paciente por desligar os aparelhos (ainda que a prova também não apoiasse a decisão de manutenção), a decisão foi no sentido de mantê-los ligados.

Das situações reais, pois, abre-se espaço para surgimento da manifestação projetada para ter eficácia nesse momento. A partir de então, com o reconhecimento de que esses instrumentos são importantes para o exercício da liberdade individual e da autonomia pessoal, que atendem ao meta-princípio da dignidade da pessoa humana, a incorporação aos ordenamentos jurídicos pátrios se impôs.

Conforme se verificou nessa pesquisa, a recepção desses documentos, pelos sistemas legais dos mais diversos países, ocorre em meio a documentos legislativos que tratam de saúde pública ou mesmo nos Códigos Civis. Com o reconhecimento expresso, eles passam a integrar os ordenamentos jurídicos. Disso se abstrai que o simples reconhecimento expresso introduz nos ordenamentos jurídicos um ato que deverá, pois, observar as regras civis dos negócios jurídicos.

Em Portugal, após um período significativo de debates legislativos, foi editada a lei nº 25/2012, que trata especificamente das manifestações prévias, e disciplina importantes elementos e requisitos desses novos negócios jurídicos.

A lei portuguesa é a primeira a tratar especificamente desse assunto, estabelecendo regulamentação própria e detalhada para as diretivas antecipadas. As vantagens desse tipo de legislação que concentra o regramento legal são inegáveis. Ao estabelecer uma lei própria para disciplinar as diretivas antecipadas torna-se possível disciplinar com minúcia as situações relativas a validade e efeito do novo documento que passa a integrar o sistema legislativo nacional.

O registro nacional desses atos previstos na legislação permite acompanhar a recepção social. O RENTEV apenas é criado no ano de 2014. Em um primeiro momento,

a adesão foi tímida, com resultado bem abaixo do esperado, mas aos poucos o número tende a crescer¹⁰⁴².

O acolhimento legislativo, mesmo que em diplomas legais diversos como a inclusão nos Códigos Civis como é o caso da Alemanha e Argentina, ou em legislação que trata das questões de saúde pública, *v.g.* a França, impõe o reconhecimento dessa nova modalidade de negócio jurídico, com vistas a produzir os efeitos pretendidos por essa declaração de vontade.

Com esse reconhecimento, tem-se uma possibilidade concreta de sua realização. Torna-se necessário assegurar sua eficácia, estabelecendo uma dogmática jurídica que permita a utilização com segurança de resultado dessas manifestações, considerando a importância de seu objeto e o grau de dificuldade de sua elaboração.

No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 1995/2012 é um indicativo ético direcionado para os profissionais da saúde. Porém, é insuficiente para permitir a exigência do cumprimento da manifestação, de forma a prevalecer a manifestação do paciente, mesmo que contra a vontade médica ou familiar¹⁰⁴³.

As legislações infraconstitucionais dos Estados de Direito vêm adequando-se para permitirem essas manifestações. A previsão de documentos que permitam a manifestação de vontade deixa aberto à pessoa a possibilidade de exercer sua autonomia, podendo ou não optar por esse caminho.

¹⁰⁴² Um dos motivos pelos quais se esperava maior adesão decorria do número de Testemunhas de Jeová que existem no país, os quais, acreditava-se, utilizariam desses atos para formalizar a recusa à transfusão de sangue. Nesse sentido ver reportagem de janeiro de 2017, referida no item 1.7 dessa tese. CAPUCHO, Joana. Só 6 mil têm testamento vital...

¹⁰⁴³ Quanto à previsão legal do fato, no Brasil, há projeto de Lei no Senado, de nº 524/2009, baseado ainda na Resolução nº 1.805/2006, que tratava da ortotanásia. O projeto original, além de prever a possibilidade de recusa de tratamento, também contemplava manifestações prévias do paciente. O projeto, anexado a outros que tratam do direito do paciente, encontra-se arquivado, mas demonstra o quão incipiente é o tratamento da matéria no Brasil, com vistas a reconhecer a autonomia do paciente:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 524, DE 2009 - *Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença [...]* Art. 6º Se houver manifestação favorável da pessoa em fase terminal de doença ou, na impossibilidade de que ela se manifeste em razão das condições a que se refere o § 1º do art. 5º, da sua família ou do seu representante legal, é permitida, respeitado o disposto no § 2º, a limitação ou a suspensão, pelo médico assistente, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida. § 1º Na hipótese de impossibilidade superveniente de manifestação de vontade do paciente e caso este tenha, anteriormente, enquanto lúcido, se pronunciado contrariamente à limitação e suspensão de procedimentos de que trata o *caput*, deverá ser respeitada tal manifestação. § 2º. A limitação ou a suspensão a que se refere o *caput* deverá ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente e será submetida a análise médica revisora, definida em regulamento. (grifo meu). BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009**. Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

Diante da pluralidade e diversidade que se espera possível nos Estados democráticos de Direito, o que se pretende é que existam mecanismos a disposição para que o indivíduo possa deles se utilizar se for de seu interesse, não se configurando, portanto, uma imposição de realização dessas diretivas.

Os atos que contenham manifestações antecipadas relativas aos cuidados de saúde são adequados aos princípios e fundamentos bioéticos.

A recepção de documentos que contenham a manifestação antecipada de uma pessoa, com relação aos cuidados de saúde que aceita ou não se submeter, com eficácia para quando não puder se manifestar, possui fundamento constitucional.

A inclusão expressa nos ordenamentos confere um reconhecimento legal importante como forma de gerar uma futura recepção social.

Como já se referiu, a eficácia legal e a social são importantes para permitir que o documento atinja sua finalidade, qual seja, de fazer respeitar a vontade da pessoa que se encontra impossibilitada de expressar sua vontade diretamente.

Em muitos casos, é por meio de uma imposição legal que se chega a recepção social. Em outros, é a exigência social que conduz a previsão legal de uma determinada situação. Contudo, para consolidação, não resta dúvida de que ambos os meios são necessários. Estabelecer uma lei que não encontre respaldo social faz com que a regra caia no desuso. Do outro lado, ter um reclame social sem uma previsão legal que o ampare pode conduzir a falta de força da medida.

Reconhece-se a importância de que os reclames sociais venham positivados, como uma maneira de conferir eficácia legal, inclusive com a imposição de sanções para o caso de descumprimento. Da mesma forma, há necessidade de uma adesão da sociedade às regras postas, sob pena de que a não utilização possa conduzir a perda da eficácia.

As diretivas antecipadas apresentam-se como um bom exemplo da necessidade de conjugação de uma eficácia legal e social. Mesmo que haja a previsão legal desses atos, mas se não forem reconhecidos como éticos e eficazes, certamente desestimulará as pessoas a sua confecção. Somente a recepção, em especial na área médica, e a consequente observação da vontade pessoal emanada, conferirá a força ao documento e servirá como estímulo a confecção de documentos desse porte.

Por outro lado, a ausência da previsão legal, a despeito da possibilidade de inclusão desses documentos na qualidade de negócio jurídico atípico, considerando a

inexistência de consequências reais a não observação, pode igualmente desestimular a sua realização.

Possível, assim, concluir-se pela importância, e mesmo necessidade, do acolhimento legislativo das diretivas, para se estabelecer a recepção social de que se falará adiante, bem como pela segurança que se confere a esses instrumentos de exercício da autonomia pessoal.

5.2.2 A necessidade (ou não) de legislação específica

Nos Estados de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa e a defesa dos direitos fundamentais, as diretivas encontram fundamento constitucional para a sua recepção, independente da previsão legal.

É o caso do Brasil, no qual a previsão das diretivas apenas decorre de resolução do CFM. Não há, ainda, menção legal ao ato de declaração prévia de vontade para o fim da vida. Entretanto, a falta da norma regulamentadora não desvalida a sua concepção.

A autonomia privada pressupõe a possibilidade dos particulares instituírem novas categorias jurídicas, desde que não contrárias à lei e aos bons costumes, que aqui devem ser interpretados como não contrários à ética que permeia questões de saúde.

Os atos humanos voluntários não contrários ao direito e aos bons costumes, como a pretensão da morte no seu devido tempo, não ofendem o direito e apresentam-se como uma opção ética.

Como refere Schaefer, *“a liberdade (autonomia) do paciente em decidir os rumos de seu próprio tratamento encontra no respeito à dignidade humana o fundamento determinante de sua legitimidade e de seu exercício à luz do ordenamento brasileiro”*¹⁰⁴⁴.

Como negócio jurídico que tem fundamento nos dispositivos constitucionais maiores, é possível a adaptação nas regras civilistas que tratam do tema. A DA nada mais é do que uma manifestação de vontade sobre cuidados de saúde e fim de vida, a qual deve se juntar os demais elementos constitutivos e respectivos requisitos de validade, de forma a poder ser conferida a eficácia pretendida, qual seja, a observação às decisões do paciente, emitidas previamente, nos momentos de fim de vida que exijam cuidados médicos.

¹⁰⁴⁴ SCHAEFER, Fernanda. Diretivas antecipadas de vontade e a resolução n. 1995/2012: uma possibilidade no direito brasileiro? **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v.2, n.3, p. 100-113, jul. 2012. p. 111.

As diretivas são um documento que, para além das questões legais e médicas envolvidas, exige uma análise de questões existenciais profundas, que são as que dizem respeito à vida e à morte da pessoa. Admite-se que o paciente deve consentir com os procedimentos médicos, sempre que tiver capacidade e possibilidade de se manifestar, o que conduz também ao acolhimento das manifestações prévias que visam deixar estabelecidas disposições para o momento em que esse mesmo paciente não tenha mais capacidade de entendimento e/ou possibilidade de se expressar diretamente.

São instrumentos para a garantia dos direitos fundamentais encontrando, assim, fundamentação constitucional. Desta forma, independente do estabelecimento expresso ou criação de lei própria dentro do ordenamento legal de um país, é necessário que esses documentos, se existem no mundo dos fatos, sejam acolhidos pelo mundo jurídico, devendo observar os elementos comuns aos negócios jurídicos.

O que se está a dizer, pois, é que independente da previsão legal expressa, quer por mera referência, quer por disciplina legal própria, documentos que contenham manifestações prévias com relação aos cuidados de saúde que uma pessoa quer ou não receber nas situações também previamente previstas devem ser recepcionados, impondo-se quando menos por uma questão ética. Muito embora se reconheça que a previsão legal confere maior segurança na sua realização e no seu cumprimento.

Os ordenamentos legais, em geral, disciplinam os atos jurídicos, dentre os quais enquadram-se as diretivas antecipadas. O estabelecimento de novas relações sociais e/ou o surgimento de novas formas de relacionamento, em regra, surgem antes da disciplina legal. Ou seja, novos fatos e/ou atos que se estabelecem na sociedade, na medida em que se expandem e demandam regulamentação é que irão gerar a disciplina legal.

Pode-se mesmo dizer que quando os problemas aparecem, surge a necessidade de se estabelecer regras para discipliná-los. As diretivas antecipadas surgiram em decorrência da evolução médica-científica, na qual situações de prolongamento da vida levam a questionar qual seria a vontade do paciente naquelas circunstâncias, caso pudesse se manifestar.

Na medida em que as situações se consolidam, no caso com um número cada vez maior de documentos com esse conteúdo e de pessoas que demonstram terem interesse na sua realização, é que a necessidade de uma disciplina também mais eficiente passa a ser objeto de preocupação.

A regulamentação serve tanto para estabelecer regras gerais e que se mostrem comuns a esse tipo de documento como para disciplinar as situações que possam gerar conflitos ou indagações posteriores.

Mas, como negócio jurídico, as diretivas antecipadas já “*assentam na liberdade de celebração e na liberdade de estipulação*”¹⁰⁴⁵.

Tratando-se de negócios jurídicos é possível se identificar os chamados negócios típicos, para os quais além das regras gerais são estabelecidas regras próprias do tipo, como os negócios atípicos, que, embora não disciplinados especificamente, comportam sua classificação como negócio jurídico, a esses documentos se aplicando as regras gerais direcionadas a todos.

As diretivas antecipadas, mesmo nos ordenamentos jurídicos nos quais não venham especificados como um negócio jurídico próprio, encontram, dessa forma, sua disciplina nas regras gerais dos negócios jurídicos, devendo observar o que lhe for aplicável. Trata-se, pois, de um negócio jurídico atípico, que, como tal, observado o regramento geral, é possível identificar os requisitos essenciais e acessórios para sua realização.

Embora atípico, pode-se reconhecer, mesmo nos países nos quais não foi formalmente acolhida, como um negócio jurídico nominado, uma vez que devidamente reconhecido como sendo do gênero internacionalmente acolhido de diretivas antecipadas. Ao tratar da classificação dos negócios jurídicos, Cordeiro reconhece que, em princípio, os negócios típicos são nominados, podendo-se, porém, assistir uma dissociação entre essas características, de forma que pode haver um contrato típico inominado, assim como um contrato atípico, mas nominado, como é o caso¹⁰⁴⁶.

Desta forma, embora reconhecendo que uma disciplina legal, mais próxima da lei portuguesa, que esmiúça conteúdo, forma, efeitos, prazos, dentre outros é salutar para conferir eficácia social e legal a esses documentos, deve-se também ter presente que mesmo diante da inexistência de acolhimento legislativo, a existência desses documentos implica na necessidade de seu acolhimento e aplicação.

O acolhimento, seja com mera referência a inclusão desses documentos no sistema legal de um país, seja com a edição de legislação específica para o seu

¹⁰⁴⁵ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 85.

¹⁰⁴⁶ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2..., p. 104.

acolhimento, conferirá maior segurança e permitirá uma disciplina de acordo com as peculiaridades que dizem respeito às diretivas antecipadas.

Salienta-se a situação peculiar brasileira na qual, por força de resolução do Conselho Federal de Medicina, o documento ingressa no sistema social brasileiro. O reconhecimento pelo Conselho da classe médica com recomendação expressa de observação por parte dos médicos, e possibilidade concreta de responsabilização administrativa, faz com que o documento ingresse no sistema social de forma mais efetiva que a mera realização por parte de uma ou outra pessoa.

Tal reconhecimento, ainda que não tenha o condão de incluir no sistema legal como um negócio jurídico típico, deixa clara a possibilidade de sua realização e assim a necessidade de construção de elementos que garantam sua validade e eficácia.

Desta forma, conclui-se que, como emissão de vontade de que se trata, as diretivas antecipadas que se referiram a cuidados de saúde tratam-se de manifestações de vontade que por si já produzem efeitos, desde que enquadradas nas normas gerais dos negócios jurídicos, não sendo impositiva a inclusão no sistema legal por meio e legislação própria, quer com inclusão em dispositivos legais existentes, quer em dispositivos legais próprios.

Pela via legislativa é possível o estabelecimento de requisitos específicos e disposições legais adequadas às peculiaridades desses documentos, que, diga-se, não são poucas.

A recomendação, pois, passa necessariamente pela necessidade de elaboração de uma legislação que recepcione documentos de manifestação que expressem a vontade da pessoa com relação aos cuidados de saúde e fim de vida. Isso porque não há como se conferir a força jurídica que se pretende na inexistência de uma disciplina legal específica sobre o tema, em especial por meio da qual é possível a imposição de sanções para caso de descumprimento¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁷ A Itália, como já se comentou, também é um exemplo de país que não dispõe de legislação sobre o tema, o que gera inseguranças tanto quanto a realização como quanto ao cumprimento de manifestações sobre os cuidados de saúde. Nesse sentido refere Tescaro: “È indubitabile l'urgenza di un intervento del legislatore, che, finalmente, tenendo conto delle più avanzate esperienze straniere, oltre che delle elaborazioni della nostra dottrina e della nostra giurisprudenza, fornisca strumenti idonei a soddisfare le esigenze dei tantissimi soggetti interessati (almeno potenzialmente, di tutti), e, fra costoro, in particolare, degli operatori sanitari, i quali, quando si trovano a parlare di questi temi, vigorosamente lamentano, non a torto, le notevoli incertezze e i gravi rischi a fare fronte ai quali sono quotidianamente lasciati soli”. (livre tradução: Não há dúvida da urgência de uma intervenção do legislador, que, por fim, tendo em conta a experiência estrangeira mais avançada, bem como a elaboração de nossa doutrina e nossa jurisprudência, proporcionando uma forma a satisfazer as necessidades das muitas partes interessadas

O que se faz premente, contudo, é identificar a melhor incidência das regras postas com vistas a permitir que as manifestações prévias de cuidados de saúde atinjam o máximo de seu potencial.

Daí porque se faz necessário o estabelecimento de uma dogmática jurídica própria, partindo-se das normas gerais, uma vez reconhecido o fundamento constitucional para seu acolhimento e, utilizando-se da experiência estrangeira, é possível chegar ao melhor termo legislativo sobre a matéria.

Assim, a despeito da recomendação pela incorporação expressa desses instrumentos no ordenamento jurídico, quer por mera indicação legal, quer por uma disciplina específica, tem-se por possível a adaptação das regras civilistas de um ordenamento jurídico posto, de forma a conferir validade e eficácia a documentos desse porte nas situações de fim de vida.

5.3 A efetividade do direito aplicada às diretivas antecipadas

De acordo com o que já se referiu no item 4.1 desta tese, toda norma tem também uma dimensão sociológica, que diz com a sua receptividade pela comunidade social. É, pois, pelo acolhimento social da norma que podemos falar na «eficácia» ou «efetividade» do direito¹⁰⁴⁸.

Na visão normativa, em verdade, estando a norma em vigor, automaticamente vincula a conduta daquela sociedade, exigindo o seu cumprimento. Ocorre, porém, que se essa norma não estiver de pleno acordo com os valores sociais, pode não prevalecer¹⁰⁴⁹.

(pelo menos potencialmente, de todos), e, entre estes, em particular, dos profissionais de saúde, que, quando falam sobre essas questões, reclamam vigorosamente, não sem razão, das incertezas significativas e os graves riscos para lidar com essas situações diárias, as quais são deixados sozinhos”). TESCARO, Mauro. Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario. **Rivista Di Diritto Civile**, Padova, v. 59, n. 4, p. 1023-1041, luglio/ag. 2013. pp. 1040-1041.

¹⁰⁴⁸ Conforme esclarece Mello: “A locução direito eficaz, no sentido empregado por boa parte da doutrina, inspirada na terminologia Kelseniana, define o dado de ser a norma jurídica obedecida, ao menos em um mínimo, pela comunidade jurídica respectiva, que se comporta segundo seus ditames. [...] Constitui expressão a que corresponde outra, efetividade do direito, largamente empregada na terminologia do direito internacional público, por isso preferível para evitar ambiguidades semânticas”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 1ª parte..., p. 15.

¹⁰⁴⁹ Melo analisa: “Para o normativismo, o direito há que se realizar obrigatoriamente pela só vigência das normas jurídicas. Enquanto permanecer em vigor – o que quer dizer: enquanto outra norma não jurídica não a revogar – a norma jurídica vincula as condutas e se as pessoas não se comportam segundo os seus comandos existe apenas infração, que em nada afeta a norma jurídica. [...]. Essa visão, porém, parece-nos míope e irreal. Esconde-se, no abstrato da norma, o real da oposição a ela. É claro que não é a simples infração individual da norma que a faz em descompasso com a realidade social. A reação do homem à

O que se denomina de eficácia normativa e jurídica diz respeito ao fato jurídico quanto a sua criação e as suas consequências, respectivamente. A eficácia ou efetividade do direito, por sua vez, diz com a dimensão sociológica.

Desta forma, embora um negócio jurídico válido e apto a produzir os efeitos pretendidos, a sua aplicação dependerá não só de fatores a ele vinculados, como também do reconhecimento desse ato pelo olhar social. No caso das diretivas, esse olhar social referido diz tanto com relação aos profissionais da área da saúde quanto com a sociedade como um todo.

Cabe referir que a efetividade do direito é elemento que conferirá validade tanto em termos jurídicos como sociais a essa nova norma, recepcionada pelo ordenamento. Ou seja, se esse documento realmente chegar a produzir os resultados pretendidos é que poderemos falar em um instrumento acolhido pelo ordenamento.

O longo caminho de transformação pelo qual passou a relação médico/paciente fez surgir a exigência de participação do paciente na tomada de decisão nas questões que dizem respeito a sua saúde e vida. Com isso, reconheceu-se que o conhecimento técnico não pode ser determinante para permitir que um terceiro possa tomar decisões por qualquer pessoa maior e capaz e, como visto, inclusive com relação aos incapazes que possam entender o contexto de saúde envolvido.

A teoria do consentimento informado foi recepcionada na esfera social, abrangendo tanto o lado profissional como o dos pacientes, tendo como direcionamento a máxima da autonomia pessoal.

Na sequência, as diretivas antecipadas vêm consolidar essa teoria, permitindo a antecipação dessa vontade, caso situações de final de vida impeçam o indivíduo de se manifestar.

Constatado que a ausência de manifestação, em muitas circunstâncias, encaminhava para a manutenção de tratamentos invasivos, desproporcionais e degradantes, surgem esses novos atos. Ainda hoje encontra resistência, muito voltada ao

adaptação social que lhe contraria os interesses e a discordância de alguns revelada no comportamento contrário à norma não constituem situações incomuns e, por isso, devem ser consideradas segundo seu exato significado de exercício do livre-arbítrio do homem na escolha de sua conduta. Mas, se essa discordância se manifesta pela hostilidade comunitária à norma, insistindo o grupo em se comportar de modo diferente do estabelecido, é evidente que essa norma não pode prevalecer. Embora do ponto de vista do dogmatismo esteja ela em vigor, de fato é uma norma sem vigência". MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência..., p. 46.

desconhecimento e a ausência de debate, tanto sobre o período para o qual é direcionado quanto sobre as situações e conteúdos possíveis desses instrumentos.

Essa resistência é sentida com relação a sua realização e, de forma mais acentuada, no cumprimento pelos profissionais de saúde.

Quando se trata de diretivas antecipadas, uma vez que direcionadas para o período de fim de vida, tangencia-se também questões referentes ao suicídio assistido e a eutanásia. Embora o debate sobre esses temas seja igualmente importante, não há ligação direta com o objeto das diretivas. Relembre-se que as diretivas são limitadas pelo ordenamento posto e pelas práticas médicas disponíveis.

O debate a respeito dessas práticas de antecipação do momento final da vida implica em opções bastante severas. Conforme foi analisado no capítulo terceiro, há a possibilidade de imposição por parte do Estado de limitação dessas práticas, considerando a ponderação de princípios.

As diretivas, contudo, dizem respeito ao exercício da autonomia da pessoa. Servem para comunicar a vontade interna do declarante, que aqui teria espaço para deixar previamente orientados os tratamentos aos quais deseja ou não se submeter, na hipótese de não ter condições de se manifestar na ocasião em que deveriam ser aplicados. Salienta-se que são atos que são atribuídos a própria pessoa, tanto que, se estiver em condições de se manifestar, prevalecerá a manifestação atual.

Assim, deve estar claro que as diretivas dirigem-se para manifestações legalmente possíveis e eticamente aceitas, considerando os consensos possíveis nas questões de fim de vida de que se falou anteriormente.

Embora profissionais da saúde considerem viáveis e éticas as opções que podem constar de uma diretiva, ainda assim há resistência a um acolhimento destas diretrizes estabelecidas previamente. A resistência, pois, parece ser maior ao fato de não poder interagir com o paciente, o que pode levar o profissional a se sentir excluído da tomada de decisão. Lembre-se que em questões de saúde, a regra era que a decisão fosse do médico, depois passou a ser construída, mas ainda assim com predominância de sua opinião.

O acolhimento desses novos instrumentos e, por consequência, da efetividade das diretivas, exige uma mudança de postura de ambos os lados (médico e paciente), possivelmente sendo mais difícil para o profissional.

O próprio termo de consentimento informado exigiu tempo e a constatação de sua importância para que viesse a ser acolhido como uma prática médica. Ainda hoje há riscos de ser entendido como mero procedimento burocrático, que eventualmente poderá servir como meio de defesa do profissional e não como forma de permitir uma atuação ética e de respeito à pessoa do paciente.

As diretivas também têm um caminho a percorrer. O acolhimento pelo ordenamento jurídico não é garantia de sua efetividade no meio social. É preciso que esse novo ato jurídico, quer tenha ingressado por legislação própria, quer decorra das normas gerais do ordenamento posto, adquira também validade social.

Duas barreiras devem ser vencidas: uma com relação aos possíveis pacientes e outra relacionada aos profissionais da saúde.

A primeira diz com a elaboração da diretiva. Exige que sejam considerados como documentos importantes e revestidos de seriedade necessária que os motive a confeccionarem. A segunda refere-se à receptividade dessas manifestações pelos profissionais da área médica, de maneira que sejam observadas, sobrepondo-se às decisões familiares e mesmo às decisões do profissional quando movidas mais por seus valores do que por concepção técnica.

É diferente a atuação médica quando direcionada para um procedimento de suporte vital invasivo, porque acredita que o paciente terá chances de ultrapassar essa etapa com possibilidade de sobrevivência de qualidade e por tempo indeterminado. Outra coisa é a utilização do mesmo procedimento movido por sua crença de que qualquer tratamento disponível deve ser iniciado, em prol da manutenção corpórea e a despeito da qualidade de vida, ou mesmo porque encara a desistência como uma derrota pessoal, sem se importar com a concepção do paciente.

Mesmo em países como os EUA, de maior tradição liberal e filosofia direcionada para a garantia das escolhas pessoais, nos quais documentos dessa natureza já existem há tempos e são tratados com a maior naturalidade, a adesão foi lenta e ainda demanda esforços com vistas a ser mais difundida.

Em Portugal, como se verificou pelos dados estatísticos do RENTEV, referido no capítulo primeiro dessa tese, a adesão é lenta e baixa em proporção ao número de habitantes¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁵⁰ Conforme informação estatística apresentada no site do RENTEV/SPMS, em um ano da existência do registro, haviam sido contabilizados 1468 testamentos vitais.

Essa adesão à elaboração da declaração é importante na medida em que demonstra a importância atribuída ao ato, por parte da sociedade¹⁰⁵¹, conferindo exatamente a eficácia social necessária para o reconhecimento da norma como válida no ordenamento.

Atualmente, a quase totalidade das diretivas é direcionada para a solicitação de recusa de tratamento. Muito já se falou nesta tese dos motivos que levam a essa tendência, qual seja, a predominância da ideia de que todo e qualquer tratamento deve ser buscado e tentado, independente do sofrimento que possa impor. Embora com tendência de reversão, esta ainda é a visão predominante no meio médico e também social. Afinal, há nítida preferência por um fim de vida em UTIs, onde se acredita que todos os esforços possíveis serão implementados com vistas à cura ou a uma sobrevida, mesmo que já seja de conhecimento de todos que a morte está próxima e é irreversível.

A partir do momento que cada vez mais pessoas convivem com difíceis situações de fim de vida, é maior o número dos que tem interesse em deixar clara a intenção de recusa de tratamento. Isso porque a falta de manifestação tem conduzido a manutenção da vida de forma artificial e sem qualidade.

Isso demonstra que é o comportamento social que direciona o conteúdo da diretiva, que, assim, ganha relevância exatamente para se evitar o comportamento padrão.

Com cada vez maior adesão ao reconhecimento de que há limites racionais para a implementação de tratamentos, e o acolhimento em maior escala dos tratamentos de cuidados paliativos, é possível que as diretivas, com o tempo, não sejam mais necessárias, ou revertam o seu conteúdo¹⁰⁵².

Contribui para a eficiência do instrumento ser aceito como manifestação séria e racional da pessoa e ser acatado pelos profissionais da saúde, a quem é direcionada.

A população de Portugal em 2014 é estimada em 10,4 milhões de habitantes. BANCO MUNDIAL. **Portugal**. Disponível em: <<http://datos.bancomundial.org/pais/portugal>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

¹⁰⁵¹ No Brasil há referências às leis que «pegam» e que «não pegam», termos não técnicos, mas que dão a exata ideia da adesão necessária de uma nova regra pela sociedade.

¹⁰⁵² Pode-se dizer que a mesma situação ocorreu com relação aos testamentos. Na medida em que a legislação estabelecia uma ordem de vocação hereditária dentro de uma lógica aceita socialmente, os documentos passaram a ser desnecessários.

Nesse sentido refere Venosa: “As causas da utilização restrita do testamento em nosso meio estão, sem dúvida, afetas a fatores estranhos ao direito. A questão é principalmente sociológica. No entanto, ao lado das causas que comumente se apontam, tais como a excelência da sucessão legítima, como tendência natural dos titulares de patrimônio, ou o apego à vida, porque testar é se lembrar da morte, há o fato de que o excesso de solenidades do testamento [...]” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões...**, p. 179.

Somente decisões baseadas nesses documentos, comprovando o acolhimento e de consequência o respeito destinado às manifestações, é que indicarão a sua real eficiência. As legislações, portanto, devem reconhecer o efeito vinculante desses documentos¹⁰⁵³.

Pensar na sua própria morte é um dos exercícios mais difíceis que o ser humano pode realizar. Prever hipóteses de um fim de vida destituído de toda e qualquer dignidade, fazer elucubrações sobre possíveis doenças graves ou neurológicas que de forma lenta vão retirando a capacidade, pensar que poderá ficar por anos em uma cama, como um vegetal sem comunicação com o mundo exterior, estabelecer as hipóteses de tratamento que iria querer em cada uma dessas situações, só poderia adquirir um sentido se fosse em prol do exercício da autonomia pessoal. Sem eficácia alguma se estaria apenas na prática de um exercício masoquista.

Assim, para que se possa falar em um documento efetivo, é importante que esses instrumentos sejam recepcionados e observados pelo meio médico. Estudo apresentado por Silveira e outros conclui que pacientes que fizeram diretivas antecipadas tiveram o tratamento associado com suas preferências¹⁰⁵⁴, o que revela a importância e necessidade destas manifestações.

Esse cumprimento pode decorrer do reconhecimento de um dever ético, mas, como tal, sem força coercitiva. No momento em que se reconhece como eficaz o documento que contém manifestação unilateral de vontade relativa aos cuidados de saúde pretendida para situações de fim de vida, a sistemática jurídica passa a atuar com força coercitiva, reforçando, assim, a garantia de cumprimento.

¹⁰⁵³ Nesse sentido, importante ser dito que descabe previsão de vinculação apenas se a diretiva for nesse ou naquele sentido. Raposo refere que a diretiva que solicitar determinados tratamentos que forem inadequados para aquele paciente o médico não estará obrigado a aplicá-lo. A alegação é muito genérica para ser aceita. Como se viu, nos casos de caducidade o documento não terá eficácia, mas afora essas situações, quer seja pela recusa, quer pelo aceite, se viável a aplicação, o médico deverá respeitar a decisão do paciente. *Cfr.* RAPOSO, Vera Lúcia. *Directivas...*, p. 174.

¹⁰⁵⁴ Referem os autores: "Between 2000 and 2006, many elderly Americans needed decision making near the end of life at a time when most lacked the capacity to make decisions. Patients who had prepared advance directives received care that was strongly associated with their preferences. These findings support the continued use of advance directives". (Livre tradução: "Entre 2000 e 2006, muitos idosos americanos precisaram tomar decisões próximos ao fim da vida, em um momento em que a maioria não tinha capacidade para tomá-las. Os pacientes que tinham preparado diretivas antecipadas receberam cuidados fortemente associados com as suas preferências. Estes resultados sustentam a continuação da utilização de diretivas antecipadas"). SILVEIRA, Maria J.; KIM, Scott Y.H.; LANGA, Kenneth M. *Advance...*, p. 1211.

Outrossim, também na esfera judiciária, é importante o conhecimento da matéria e o acolhimento desse novo negócio jurídico. Isso porque a imposição judicial também é uma forma de garantia de que essas declarações serão acolhidas e observadas.

5.4 O cumprimento das diretivas antecipadas

O agente das diretivas é a pessoa, maior e capaz, que manifesta, de forma antecipada, os cuidados de saúde que aceita ou não em situações finais de vida, diante da possibilidade de que não possa estar em condições de se manifestar no momento em que se fizer necessário.

Essas diretivas são dirigidas em primeiro lugar aos profissionais da área da saúde, quais sejam, médico e equipe que irão atender o paciente que estiver nas circunstâncias identificadas. Também os familiares poderão figurar como destinatários dessas manifestações, em especial caso haja divergência entre uma possível decisão dos familiares e aquela pretendida pelo paciente.

Como se tratou ao longo dessa tese, a relação médico/paciente de cunho paternalista, na qual o médico diz e o paciente obedece, é um modelo que necessita ser superado. Em especial em situações de fim de vida, onde o bem maior do paciente está em jogo, o ideal é o diálogo aberto, que possibilita a transmissão das informações necessárias ao paciente, confere espaço para sanar suas dúvidas e analisar suas possibilidades, para, então, emitir sua decisão final.

O profissional médico deve estar preparado para acatar a decisão, mesmo que contrária à sua, desde que a reconheça como uma decisão racional e de acordo com os esclarecimentos prestados.

Disto se abstrai a necessidade de uma mudança cultural, em todo o relacionamento de atendimento médico, para então se chegar a um acolhimento de diretivas antecipadas, possibilitando o acompanhamento médico na sua elaboração e o cumprimento das disposições quando existentes, em reconhecimento à prevalência da vontade do paciente. Repita-se que essas determinações não podem ser decisões impulsivas, que representem caprichos do declarante, mas devem ser racionais, de acordo com a literatura médica vigente e não contrárias à lei.

Da mesma forma, cabe reiterar que o ideal é a realização de diretivas com acompanhamento de profissional que possa prestar os esclarecimentos necessários para a tomada de decisão, antes de sua declaração de vontade.

A diretiva também é dirigida aos familiares, considerando que também eles deverão estar cientes da necessidade de cumprimento das manifestações expressas pela pessoa.

O ato de manifestação prévia de vontade relativa a cuidados de saúde e fim de vida representa uma importante decisão de caráter personalíssimo. Tem por objeto o bem maior da pessoa, pois ao estabelecer diretrizes de cuidados médicos que deseja ou não que sejam realizados quando situações de fim de vida se apresentam, a pessoa estará dispondo de situações que envolvem seu corpo e sua vida.

Além da importância dos requisitos legais necessários para realizar um documento jurídico desse porte, há necessidade de prévia reflexão sobre tema de profundidade filosófica.

Como se verificou ao longo dessa tese, entre os direitos fundamentais analisados, há especial relevância ao direito à liberdade que envolve o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Considerando a personalidade como algo em constante desenvolvimento, sabe-se que, ao longo do tempo, a pessoa desenvolve um sistema próprio de crenças, no que inclui suas questões de ordem afetiva, valores identificados, desejos projetados, o que faz com que cada ser humano seja único, a despeito da igualdade em direitos e dignidade que é reconhecida a todos.

É dentro desse sistema de crenças desenvolvidos que a pessoa encontrará respostas para decisões existenciais de importância ímpar, como são decisões em situações de fim de vida.

Tratando-se de pessoa competente, como já se referiu, a teoria do consentimento informado direciona para que todo o tratamento seja discutido com o paciente, informando riscos e benefícios, possibilitando uma decisão racional. Uma vez que é conferida a possibilidade de consentir, igualmente é reconhecida a possibilidade de se negar a realizar o tratamento.

As diretivas, dessa forma, se direcionam para a mesma lógica, apenas que, manifestadas de forma prévia, e até mesmo ausente qualquer base fática que possa direcionar as opções.

São voltadas, em regra, para a recusa de tratamentos (não iniciar ou suspender), considerando em especial que nesses casos a decisão implica em disposição de bens que apenas a pessoa poderia renunciar.

Assim, as diretivas antecipadas, como novo negócio jurídico que se apresenta, pela especificidade e importância de seu objeto, pela relevância de seu conteúdo e dos resultados que possam advir de seu cumprimento, exigem que sejam reconhecidos e aplicados com cautela e conhecimento.

Reitera-se a importância do atendimento das determinações de cunho pessoal sobre os cuidados de saúde, dado o seu fundamento constitucional, que tem por base a dignidade da pessoa.

O seu cumprimento, contudo, exige a correta interpretação das diretrizes estabelecidas e os cuidados de atendimento.

Na sequência, pois, perpassa-se as questões relativas a princípios comuns a esses negócios jurídicos que dispõem sobre direitos existenciais, analisa-se os problemas relativos à interpretação do conteúdo desses atos e questões práticas de atendimento de determinações contidas nesses documentos, como a necessidade de que cheguem até o destinatário e a responsabilidade pelo cumprimento.

De vital importância, também é a análise da possibilidade de recusa de cumprimento, pelo reconhecimento da autonomia também do profissional da área médica.

5.4.1 Princípios comuns aos negócios de direitos existenciais

As diretivas antecipadas permitem o exercício da autonomia pessoal no campo dos direitos existenciais. Como se analisou no capítulo terceiro desta tese, os direitos fundamentais e personalíssimos são qualificados, em regra, como indisponíveis e mesmo irrenunciáveis. Essas características não são absolutas, refletindo mais na esfera de proteção que estão a merecer do que na total limitação de sua disposição, em especial quando em colisão de direitos pessoais da mesma natureza.

Para tanto, Meireles identifica alguns princípios que são comuns aos direitos existenciais que terão, pois, aplicação também na disciplina das DA's, dos quais se refere: a gratuidade, o consentimento qualificado e a autorresponsabilidade. Esses princípios, norteadores dos atos de autonomia existencial, estão interligados e sua análise importa

na medida em que podem servir de guia para a análise da validade e eficácia, além de permitirem a interpretação de diretivas estabelecidas pela pessoa.

O princípio da gratuidade decorre da natureza dos bens e direitos em questão. No campo dos direitos existenciais é consequência lógica a não patrimonialização, até para fins de se assegurar a não mercantilização dos direitos inerentes à pessoa.

Com mais razão na DA, por se tratar de uma manifestação unilateral que dispõe a respeito de uma situação existencial que repercutirá apenas no próprio declarante, com vistas a assegurar que sua concepção de vida e sua autonomia sejam preservadas no momento em que não mais puder se manifestar.

Desta forma, não há como incluir conteúdo patrimonial, seja prevendo uma contraprestação para o atendimento da diretiva, seja estabelecendo algum benefício econômico ao dispor de seu corpo.

O princípio que a autora denomina de «consentimento qualificado» reforça a necessidade de que a vontade expressa seja pessoal, espontânea, atual e esclarecida. Ao identificar esse consentimento como qualificado, pretende atribuir maior valor a vontade do declarante¹⁰⁵⁵. Esse princípio se encontra inserido pela exigência legal do consentimento informado para todos os procedimentos na área da saúde, seja assistencial, seja investigativa.

A teoria do consentimento informado pressupõe a manifestação livre e esclarecida como expressão da autonomia pessoal e confirma o respeito que a ela se deve. Seguindo essa linha, importante reforçar que a referência ao consentimento esclarecido exige, nos casos de vida e saúde, que a pessoa tenha as informações necessárias que a permitam avaliar a situação e tomar a decisão.

A revogabilidade é uma característica relevante dos direitos existenciais, considerando sua natureza. Pressupõe que, até a execução material do ato, a pessoa possa se arrepender da declaração que emitiu e revogá-la. Ou seja, havendo a alteração da vontade, poderá voltar atrás da manifestação prestada.

¹⁰⁵⁵ Refere a autora: Assim, o princípio do consentimento qualificado atribui à vontade interna do declarante uma relevância que nas situações patrimoniais não tem. Usa-se o termo qualificado a fim de evidenciar a maior importância dada à vontade subjetiva do declarante. [...] Como corolário do princípio do consentimento qualificado, tem-se especialmente as seguintes consequências para o regulamento das situações jurídicas subjetivas existenciais: i) a vontade interna deve prevalecer sobre a declarada; ii) a manifestação de vontade é pessoal; iii) a manifestação de vontade é revogável”. MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia...**, pp. 215-216.

É importante que se refira que, com mais razão nas DA, o reconhecimento de revogação a qualquer tempo é primordial, considerando que se trata de um ato de vontade projetada, sem base fática concreta. Desta forma, a possibilidade de alteração da decisão surge como um atributo dos direitos fundamentais e de personalidade. Decisões de ordem existencial podem, a qualquer tempo, serem alteradas por seus titulares. Ao se tratar de diretivas antecipadas intensifica-se esse conceito, considerando a natureza dos bens envolvidos e a ausência de base na qual foram redigidas. A revogabilidade das DA's reforça seu fundamento no fato de que a eficácia é diferida. Como somente terá eficácia quando a pessoa não puder mais se manifestar, até lá se deve permitir que a vontade seja alterada.

Em questões de saúde e fim de vida, que como tal tratam de direitos existenciais da pessoa, pode haver alteração da decisão quando a pessoa estiver vivenciando a situação, antes apenas projetada.

Desta forma, não há como cumprir, por exemplo, uma ordem de não entubar contida em uma diretiva antecipada, se a pessoa quando em agonia, por sinais claros, demonstra ter mudado de ideia. Valerá, sempre, pois, a manifestação atual. Nesse sentido, Baertschi analisa várias situações de conflito que possam ocorrer entre a diretiva apresentada e uma decisão manifestada no momento da execução, concluindo que, salvo se não houver conflito entre a decisão atual e a que conste da diretiva, ou se o paciente se encontrar em estado de inconsciência, nos demais casos deve-se observar sempre a decisão atual¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁶ O autor apresenta exemplo que possibilita verificar a situação de conflito:

“Un patient âgé de 28 ans dont les reins ont été détruits décide d’interrompre toute dialyse à cause du fardeau que cela représente pour lui et pour sa famille: il a un diabète chronique, est aveugle et ne peut plus marcher à cause d’une neuropathie progressive. Sa femme et son médecin acceptent sa décision: on lui administrera des médicaments pour soulager ses douleurs jusqu’à sa mort et, même s’il demande d’être remis sous dialyse sous l’influence de l’urémie, de la morphine et de la cétoacidose (résultat ultime du manque d’insuline), on n’y satisfera pas. Pendant son agonie, le patient se plaint de douleurs et demande d’être remis sous dialyse. Sa femme et son médecin décident de s’entendre à sa décision précédente, et il meurt quelques heures plus tard”. (Livre tradução: “Aos 28 anos de idade um paciente cujos rins foram destruídos decide parar qualquer diálise por causa da carga que representa para ele e para sua família: ele tem uma diabetes crônica, é cego e não pode andar por causa de uma neuropatia progressiva. Sua esposa e seu médico aceitam a sua decisão: administrar a medicação para aliviar a dor dele até sua morte e, mesmo que ele pedisse para ser submetido a diálise sob a influência de uremia, morfina e a cetoadicose (resultado final da falta de insulina), eles não o atenderiam. Durante sua agonia, o paciente se queixa de dor e pede para ser realizada diálise. Esposa e médico decidiram se ater a sua decisão anterior, e ele morre poucas horas depois”). BAERTSCHI, Bernard. **Les directives anticipées**: entre autonomie et bienfaisance. Rubrique Ethique, 12 février, 2006. Disponível em: <<http://www.contrepointphilosophique.ch/>>. Acesso em: 23 out. 2013.

Por fim há referência ao princípio da autorresponsabilidade que se apresenta como “o pressuposto de que a consequência do ato não recaia sobre interesse alheio ou da coletividade” operando-se, assim, apenas quando se tratar de interesses próprios¹⁰⁵⁷. A decisão, contudo, poderá ingressar na esfera do outro, aquele de quem se precise para execução da diretriz, considerando que, na dinâmica da vida, mesmo decisões pessoais são projetadas e executadas nas relações interpessoais. Pode-se, então, questionar se o terceiro que colaborou teria responsabilidade caso a prática do ato venha a causar dano. Conclui-se que, se o dano é meramente sobre bem do autor da determinação e foi feito com o consentimento ou mais que isso, em função da determinação deste, não haveria responsabilização do terceiro.

As implicações decorrentes deste princípio são muitas, mas ressalta-se que está nele a garantia do atendimento das manifestações de vontade da pessoa por quem deverá cumpri-lo, sem que sobre ele paira dúvida de ser responsabilizado pelo ato¹⁰⁵⁸. Desta forma, torna-se importante identificar o princípio para garantir que realmente será cumprida a vontade do disponente por quem tem a incumbência de executá-la.

Considerando que o dano maior pode ser exatamente o desrespeito a sua autodeterminação, o princípio da autorresponsabilidade deve ser aplicado sempre que houver manifestação clara e inequívoca da decisão da própria pessoa, repercutindo assim na esfera civil e penal do ordenamento jurídico.

Sabe-se que, em verdade, a análise somente será possível nos casos concretos e a responsabilização de terceiro está ainda dependente do que é eleito ou não como de interesse público determinante.

Isso vale tanto para verificar a eficácia de uma determinação como para a não irradiação de responsabilidade ao terceiro. Nas questões que envolvem saúde e fim de vida, fica bastante evidente que por consensos éticos, de que se falou no item 4.4, há limites estabelecidos dos bens que a pessoa pode ou não dispor, que variam de um lugar para outro.

Nesse sentido, por exemplo, ao se recusar a realizar um tratamento médico quando se encontrar com uma doença em fase terminal, por ser eticamente aceito e

¹⁰⁵⁷ Prossegue a autora: “Pugliatti afirma que a liberdade e a autorresponsabilidade são termos correspondentes, podendo-se falar em autorresponsabilidade privada, correlativo à liberdade de querer. De fato, se é dado à pessoa poder de autodeterminação, é correlato a este a assunção das consequências que dos comportamentos assumidos para realização dos seus interesses resultem”. MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia...**, p. 216.

¹⁰⁵⁸ Cfr. MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia...**, p. 271.

desta forma uma cláusula válida, não se discute a responsabilização do profissional da saúde que acatar a determinação, até porque somente com o consentimento poderia realizar ou continuar um tratamento.

De toda sorte, como princípio, a autorresponsabilização é fundamento para exigir o cumprimento das diretivas que forem estabelecidas, quando válidas, o que apenas ocorrerá se o seu objeto e suas cláusulas forem lícitos, conforme já analisado.

5.4.2 O problema da interpretação das diretivas antecipadas

As diretivas antecipadas de vontade são um exemplo de ato de autonomia privada, referente aos direitos existenciais mais fundamentais da pessoa, pois dispõem sobre cuidados relativos a sua saúde e a própria vida.

É um exercício de autonomia projetada, de forma que ao estabelecer os cuidados que se dispõe ou não a receber não se encontra no estado físico e mental que prevê para a produção desses efeitos. Permitida essa determinação para qualquer pessoa com capacidade e discernimento, pode ser elaborada em qualquer fase da vida.

A manifestação da vontade pode ocorrer, assim, com base em uma situação de doença, que provoque a análise de seu progresso e os tratamentos que possam surgir, o que confere uma base de projeção possivelmente mais segura, ou pode ocorrer em situação completamente dissociada de qualquer condição prevista no documento.

É possível que a pessoa elabore sua diretiva ainda jovem, considerando para fins de projeção as situações de fim de vida que se analisa na contemporaneidade e que não venham a ocorrer ou cuja situação seja passível de procedimentos curativos na ocasião em que a diretiva produza seus efeitos.

Embora se possa vislumbrar um efetivo incremento na área médica e científica nos últimos anos, a verdade é que se trata do acúmulo de conhecimento desenvolvido ao longo do tempo. Aliado a uma estrutura tecnológica de alta capacidade e a velocidade com que circulam as informações, as novas terapias, medicamentos e tratamentos nunca estiveram tão disponíveis. A ciência médica permanece surpreendendo. Toda a evolução constatada na contemporaneidade ainda está a ser aperfeiçoada.

Esse é um dos motivos que leva a lei portuguesa a estabelecer um prazo de eficácia do documento, do qual se tratou no item 4.7.1 dessa tese. Estabelecido o prazo de eficácia de cinco anos, exige uma retomada das disposições de cuidados de saúde

periodicamente, possibilitando com isso a adequação a evolução das artes médicas. Para além das críticas que possa ser feita, em especial quanto ao exíguo prazo estabelecido, pela exigência de retomada de difíceis conceitos sobre a existência humana, em especial sobre a sua finitude, não restam dúvidas das vantagens quanto a adequação e atualidade das disposições.

Cabe salientar, contudo, que o estabelecimento desse prazo apenas é possível em razão da expressa disposição que consta da lei portuguesa. Nos demais ordenamentos, a inexistência de um prazo estabelecido permite a eficácia da manifestação a despeito da data em que tenha sido realizada. Desta forma, a manifestação realizada pode não estar mais de acordo com o estado atual da arte médica do momento de sua aplicação.

Ainda, cabe retomar a questão relativa a manifestação esclarecida. Embora possível a presença de um médico no esclarecimento das situações clínicas projetadas e da evolução dos tratamentos e medicamentos, não há exigência dessa participação.

Assim, o fato de estarmos falando de projeção de vontade, referente a conhecimento bastante especializado e em constante evolução, o problema da interpretação dessas disposições é tema a ser tratado com grande cautela.

A interpretação busca reconhecer o significado do que foi declarado. Betti reconhece dentre os objetos particulares da interpretação “*aquelas declarações e aqueles comportamentos que tiverem, por sua vez, conteúdo e caráter preceptivo, como destinados a determinar uma ulterior linha de conduta*”¹⁰⁵⁹.

A interpretação consiste em identificar o que foi dito na declaração. É importante identificar quem será esse intérprete, que pode ser a pessoa a quem é dirigida a manifestação, qual seja, a equipe de saúde que fará o atendimento, o representante chamado a complementar a manifestação ou mesmo o juiz no caso de divergências não conciliáveis em outras esferas¹⁰⁶⁰.

O problema da interpretação e o papel do intérprete é objeto de estudo e de várias teorias, subjetivas ou objetivas, que se referem a interpretação da lei, do ato judicial ou mesmo de um negócio jurídico. Essas teorias ora direcionam o jurista para a procura da vontade do legislador ou do declarante, ora para abstrair o sentido objetivo

¹⁰⁵⁹ Cfr. BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 5.

¹⁰⁶⁰ Nesse sentido esclarece Almeida: “Em relação ao negócio jurídico, não há nenhum estatuto específico ou limitado para o intérprete, que pode ser qualquer pessoa: juiz ou juízes, os oficiais da administração pública do direito privado (notário, conservadores dos registros predial, civil e outros), outros órgãos da administração pública, qualquer interessado, seja ele terceiro, alguma das partes no próprio negócio ou destinatário em negócio jurídico unilateral”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 185.

da lei ou do negócio. Em outras palavras, buscar a vontade do legislador ou da lei, do declarante ou da declaração. Nessas teorias identificam-se algumas variantes, mas, de modo geral, giram em torno de uma interpretação mais subjetiva ou mais objetiva¹⁰⁶¹.

Nos negócios jurídicos em particular, a interpretação assume grande relevância. Embora diverso da lei e da decisão judicial, a aplicação da doutrina a eles dirigida cabe também para a interpretação dos negócios jurídicos, com as suas especificidades, que se reconhece, não são poucas¹⁰⁶².

Na interpretação do negócio jurídico, considerando-o como um ato de autonomia de vontade das partes envolvidas, para determinar o direito e as obrigações do ato, deve-se compreender o que o interessado declarou.

Para Stolfi, representante da doutrina voluntarista¹⁰⁶³, é importante perquirir a vontade do declarante¹⁰⁶⁴. Nessa linha, refere que se deve dar maior atenção para a vontade das partes ao estabelecerem o conteúdo do negócio do que a uma leitura literal das palavras que constam do ato. Deve-se, pois, perquirir a vontade das partes

¹⁰⁶¹ Heck, em estudo publicado no ano de 1947 e que influenciou vários juristas, analisa as divergências entre interpretação histórica e a interpretação objetiva, bem como suas variantes, como, por exemplo, a interpretação sociológica, na qual é dado ao juiz a faculdade de escolher, entre os vários sentidos possíveis, aquele que melhor resultados produza.

O autor expõe sua teoria na qual sustenta que a melhor interpretação das leis que atende aos interesses práticos é constituída pela “investigação histórica dos interesses”. Identifica os interesses como os desejos e aspirações, que vê como escopo da jurisprudência e em particular das decisões judiciais no caso concreto. Na interpretação dos interesses que propõem, é uma interpretação histórica, mas, segundo esclarece, não exclusivamente subjetiva: “deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do acto legislativo, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses determinantes da lei, aos interesses causais. Além disso, não exclui a criação judicial de direito, antes supõe o seu contínuo desenvolvimento jurisprudencial. Se a toda essa atividade de determinação do direito se quiser chamar interpretação, esta será histórico-teleológica. A antiga expressão «vontade do legislador» tem conteúdo real, simplesmente o conceito de vontade não é psicológico, mas normativo – é um conceito de interesse. O legislador não é um «fantasma» é uma designação que engloba todos os interesses causais”. O autor prossegue referindo: “O alcance prático da concepção a que aderimos está em defender os interesses causais e a intenção do legislador contra duas formas de desvirtuação provenientes, quer dos erros de expressão, quer da apreciação subjectiva do juiz, sem contudo restringir o campo da elaboração judicial do direito que as antigas teorias demarcaram. A nossa atenção incidirá especialmente sobre a aplicação destes princípios ao direito civil, à lei formal e à decisão judicial, embora o seu alcance seja mais vasto”. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. (tradução de José Osório). São Paulo: Saraiva & Cia., 1947. pp. 5-13.

¹⁰⁶² Heck, identificando autores que incluem a lei e o regulamento no conceito geral de «negócios jurídicos», entende que a diversidade de pontos de vista relevantes em matéria de interpretação é tão grande que impõe a separação, motivo pelo qual afasta da sua análise a interpretação desses negócios jurídicos. De toda sorte, cabe referir que as referências teóricas podem ser buscadas e aplicadas. HECK, Philipp. **Interpretação...**, p. 11.

¹⁰⁶³ Cfr. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação...**, p. 22.

¹⁰⁶⁴ Nesse sentido: “Siccome il contenuto del negozio jurídico è stabilito dalla volontà delle parti, è ovvio che per determinare i diritti e gli obblighi nascenti dall'atto occorre capire che cosa gli interessati abbiano dichiarato di volere”. (Livre tradução: “Uma vez que o conteúdo do negócio jurídico é definido pela vontade das partes, é óbvio que, a fim de determinar os direitos e obrigações que nascem do ato, exige-se compreender o desejo manifestado pelos interessados”). STOLFI, Giuseppe. **Teoria...**, p. 223.

envolvidas no documento não se limitando aos termos literais da declaração. Mesmo reconhecendo a importância da declaração, que se constitui na expressão do pensador e que ganha maior força quanto mais clara, limpa e precisa ela se apresentar, deve-se ter presente a necessidade de perquirir o fim a que se destina e todas as outras circunstâncias de fato que possam contribuir para o acerto da declaração¹⁰⁶⁵.

Para Betti, porém, na interpretação do negócio jurídico *“não é a «vontade» interna, ainda que não tenha sido expressa, mas sim a declaração ou o comportamento, enquadrados na esfera de circunstância, que confere seu significado e seu valor”*^{1066 1067}. Para o autor, contudo, a interpretação deve considerar menos o sentido literal das palavras e mais o conjunto de circunstâncias nos quais engloba também os fatos antecedentes e consequentes que a eles se conectam¹⁰⁶⁸.

Heck, analisando a questão dos erros de expressão nos negócios jurídicos, qualifica a declaração, uma vez que é dela que o destinatário tem conhecimento¹⁰⁶⁹. Para

¹⁰⁶⁵ Nesse sentido bem refere Stolfi, ao tratar de disposição legal do código civil italiano que determinava indagar a intenção comum dos interessados: “Questa disposizione – com’è noto – non significa che la volontà interna, anche se non risulti esteriormente, debba avere efficacia giuridica perchè non si può togliere importanza alla dichiarazione, che purè è necessaria a palesare l’interno volere, ma significa che la volontà reale non si deve desumere con i soli mezzi apprestati dalla grammatica e dal dizionario, sibbene con tutti quelli forniti dall’arte logica: siccome il negozio consiste nella manifestazione di un volere, è evidente che si debba tener conto della prima e del secondo. (Livre tradução: “Esta disposição - como é sabido - não significa que a vontade interna, se não for exteriorizada, têm eficácia legal porque não se pode desconsiderar a importância da declaração feita, a qual é necessária para revelar a vontade interna, mas significa que a vontade real não deve ser inferida apenas por meio da gramática e do dicionário, mas sim com todos os meios fornecidos pela lógica da arte: uma vez que o negócio é a manifestação de uma vontade, é claro que temos de ter em conta da primeira e do segundo”). STOLFI, Giuseppe. **Teoria...**, p. 225.

¹⁰⁶⁶ Cfr. BETTI, Emilio. **Interpretação...**, p. 347.

¹⁰⁶⁷ Nesse sentido, como já se falou no item 4.2 desta tese, ressalta-se que Betti é representante da teoria preceptiva do negócio jurídico, que confere maior importância a declaração do que a vontade, considerada no seu aspecto psicológico.

¹⁰⁶⁸ Cfr. BETTI, Emilio. **Interpretação...**, pp. 347-348.

¹⁰⁶⁹ O autor diferencia os erros de expressão na vida corrente e nos negócios jurídicos. Na vida corrente entende que não se confere importância maior as declarações. Refere o autor “Se a vontade que inspirou o comando é conhecida por qualquer forma não importa já saber se a sua expressão verbal é ou não rigorosa. Muitíssimas vezes acontece que, ordens gramaticalmente incorrectas, são bem compreendidas em virtude da clareza da situação”. Já no domínio dos negócios jurídicos, entende o autor que a importância dos erros de expressão é diversa: “Estamos desde há muito habituados a distinguir nitidamente a vontade interna e a declaração, vontade aparente ou expressão da vontade – sentido do destinatário. Este sentido é determinado não só pelas palavras da declaração, mas também pelas circunstâncias em que esta tem lugar, tendo em vista embora o horizonte do destinatário e a diligência na investigação. Por isso, os pensamentos subjectivos do declarante podem ser diferentes do sentido do destinatário: a vontade =interna= pode ser traída, por exemplo, por um erro de expressão que o destinatário não conhecia nem podia conhecer. Nesse caso, a vontade interna não tem relevância para interpretação do negócio jurídico. Pode atender-se ao erro para o efeito de anular a aparência da vontade, mas nem por isso se dá valor ao conteúdo subjectivo da vontade. No domínio dos negócios jurídicos justifica-se a teoria da expressão ou da declaração: nesse domínio pode dizer-se que o conteúdo da vontade só é tido em consideração quando encontrou qualquer forma de expressão”.

HECK, Philipp. **Interpretação...**, pp. 147-149.

o autor, há nítida diferença na interpretação de, por exemplo, uma ordem do cotidiano, de uma lei e de um negócio jurídico.

No negócio jurídico, ainda que se deva e possa perquirir da vontade da parte, a expressão dessa vontade é de suma importância, pois é o que chegará ao destinatário.

Na área dos contratos salienta-se a necessidade de convergência de vontades, no que, reconhece-se, ganha relevância a declaração. Tratando-se, contudo, de negócio jurídico unilateral, deve-se considerar maior importância a vontade de quem realiza o ato.

Embora com efeitos ainda durante a vida, as diretivas de vontade assemelham-se, na sua forma de constituição, aos testamentos, negócios jurídicos causa mortis, igualmente constituídos na lógica da projeção das circunstâncias e da declaração da vontade de acordo com essa projeção.

Marino, ao tratar da interpretação dos negócios causa mortis, reconhece que, mesmo em sistemas que adotam uma hermenêutica com soluções objetivas, tem um forte viés subjetivista na interpretação desses negócios. Conclui “*pelo subjetivismo da fase hermenêutica complementar das disposições de última vontade*”¹⁰⁷⁰.

No mesmo sentido, Almeida reconhece que a interpretação do testamento é o outro extremo da interpretação de cláusulas contratuais gerais, pois naquele é necessário o respeito pela personalidade do declarante. Refere, contudo, que em

¹⁰⁷⁰ Analisando a disposição do Código Civil alemão reconhece o direcionamento para a relevância da vontade do testador. Prossegue com a análise de outros sistemas legais: “Já no Código Civil português, papel análogo ao citado dispositivo do BGB é desempenhado pelo art. 2.187, que dispõe: [...]. Também aqui a doutrina vislumbra a busca da vontade do de cujus, seja uma vontade real, seja na fase complementar, uma vontade hipotética de índole naturalística (e não objetivada), admissível até o limite da mínima correspondência com o contexto. Para a maioria da doutrina, nesse ponto o Código Civil português consagrou “sistema subjetivo” de interpretação, o que não ocorreria no âmbito dos negócios jurídicos *inter vivos*. No Código Civil italiano, não há artigo específico acerca da interpretação dos negócios jurídicos *mortis causa*, mas o resultado não parece diverso. Com efeito, a doutrina aponta, dentre os dez artigos referentes à interpretação dos contratos, aqueles que também seriam aplicáveis aos negócios mortis causa. Considera-se, assim, inaplicável aos negócios mortis causa o art. 1366 (interpretação conforme a boa-fé), o que naturalmente “subjetiviza” a fase complementar da interpretação. Ademais, como visto, mesmo Betti, cuja argumentação dificilmente faz concessões aos partidários da teoria da vontade, admite a busca da vontade hipotética do *de cujus*. Finalmente, no Código Civil francês também não há artigo tratando especificamente da interpretação dos negócios jurídicos *mortis causa*. Contudo, as soluções jurisprudenciais que trataram de “objetivar” o sistema de interpretação traçado na lei, tido como subjetivo, não se aplicam à interpretação dos testamentos. De modo que, nesse campo, ainda resta espaço à indagação da vontade hipotética”. Cfr. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação...**, pp. 193-194.

nenhum caso a interpretação dispensa a mediação relativa a compreensão dos destinatários e o significado negocial¹⁰⁷¹.

As regras dispostas no Código Civil português¹⁰⁷², assim como no brasileiro¹⁰⁷³, direcionam para a prevalência da vontade real do declarante.

Da mesma forma que nos testamentos, também nas diretivas antecipadas a interpretação deve ser com vistas a garantia da vontade do declarante. Salienta-se que o documento busca apenas traduzir a vontade do interessado, de modo que a sua interpretação deve ser a que melhor atenda a finalidade expressada.

Nas diretivas, a exemplo dos testamentos, a finalidade do negócio jurídico realizado, em especial considerando sua classificação como unilateral, é o cumprimento da vontade do declarante (equivalente ao testador nos negócios causa mortis). Daí porque a perquirição da vontade se mostra essencial.

¹⁰⁷¹ Leciona o autor: “Cláusulas contratuais gerais e testamento constituem os dois extremos de mínima e máxima contextualização subjectiva: naquelas, a indeterminação dos destinatários e a despersonalização do proponente determinam uma dimensão pragmática do significado restrita ao que é óbvio para qualquer pessoa; neste, o respeito pela personalidade do declarante, que é humana antes de ser jurídica, a garantia da inexistência de representantes ou de auxiliares, para além do especialista imparcial que deve ser o notário, impõem que a dimensão pragmático-intencional do significado sobreleve qualquer outra, apenas circunscrita pelas mais amplas potencialidades semânticas admitidas pelo texto. Num caso e noutro, como em todos os intermediários, a interpretação não prescinde porém da mediação que deriva da compreensão dos destinatário e o significado negocial, produto da composição variável de diversas dimensões, não vê comprometida a sua unidade essencial, nem as relações básicas na distribuição de papéis no acto de interpretação”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto...**, p. 195.

¹⁰⁷² Subsecção IV. Interpretação e Integração.

Artigo 236º Sentido normal da declaração. 1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

Artigo 237º Casos Duvidosos. Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.

Art. 238º Negócios Formais. 1. Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso.

2. Esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.

Art. 239º Integração. Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. **DL nº 47344/66 de 25 de Novembro...**

¹⁰⁷³ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002...**

Não se desconsidera que a declaração, justamente por ser o meio de expressar a vontade, tem essencial papel. Destas formas as questões gramaticais e de linguagem assumem relevante papel, pois precisam garantir que a vontade seja expressa com clareza e firmeza, possibilitando uma leitura de acordo com a vontade do declarante.

Nas diretivas antecipadas que dizem respeito aos cuidados de saúde que a pessoa aceita ou não se submeter, a correta leitura e interpretação do instrumento se mostra de maior relevância, considerando os interesses que estão em jogo.

Importante referir as lições de Betti no sentido de que o negócio jurídico deve ser considerado como um todo unitário em sua interpretação¹⁰⁷⁴. A advertência é importante nas diretivas, pois as cláusulas não podem ser interpretadas de forma isolada, no que podem mesmo perder seu objetivo. Ademais, constando informações que permitam direcionar para a real intenção do paciente, como, por exemplo, restringir terapias quando constatada a irreversibilidade da situação, as determinações devem ser analisadas nesse direcionamento.

A pretensão de recusa ou de suspensão de um tratamento pode conduzir a morte do paciente, não havendo como retroceder. Daí porque é importante ter claro que a vontade do declarante é no sentido de não se sujeitar a mais tratamentos, cientes do resultado produzido pela sua declaração.

Retoma-se a referência da necessidade de que estas manifestações sejam precedidas dos devidos esclarecimentos, que permitam as pessoas manifestarem suas vontades, de forma livre, mas com clareza das implicações de suas opções, bem como do resultado futuro de suas decisões.

No modelo português que prioriza as indicações objetivas dos tratamentos ou medicamentos que a pessoa aceita ou não, há risco de que as marcações sejam contraditórias entre si. O sistema de registro dos testamentos vitais portugueses, para evitar contradições na marcação das opções disponíveis, prevê uma análise prévia ao deferimento do registro, por parte de médicos, para que apontem eventuais contradições, de forma a evitar que elas venham a ocorrer.

¹⁰⁷⁴ Nesse sentido; “Segundo os cânones hermenêuticos da autonomia e da totalidade, o significado do negócio pode ser obtido não apenas e não tanto a partir do teor literal das palavras usadas, tomadas por si, bem como em geral dos meios de expressão adotados pelas partes, mas também e especialmente a partir do comportamento total (1362, alínea), do conjunto de várias declarações ou cláusulas, entendidas como elementos de um todo (1363), do intento prático perseguido (1364), bem como do conjunto de circunstâncias presentes na consciência de ambas as partes”. BETTI, Emilio. **Interpretação...**, p. 348.

As hipóteses de contradição, contudo, servem para a análise de interpretação que se pretende. Nesse passo, a complementação com a indicação dos valores e desejos da pessoa permitiria acolher as marcações que estivessem compatíveis com esses desejos, excluindo as demais. Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa que solicitasse que se estivesse em estado terminal, assim compreendida a impossibilidade de cura qualquer que seja o tratamento implementado e uma duração de vida de no máximo seis meses, não aceitaria procedimentos invasivos, assinalando a recusa de tratamentos experimentais e outros, mas solicita a ressuscitação/reanimação. A contradição poderia ser conduzida para a interpretação que, de acordo com os valores e desejos declarados, bem como considerando as demais cláusulas assinaladas, o paciente também não aceita a reanimação, desconsiderando a cláusula marcada.

Supondo-se que apenas esta era a marcação realizada, mas esteja claro que não tem interesse de ser submetida a reanimação, pelas demais disposições de ordem subjetiva, igualmente deve prevalecer a intenção maior do declarante que seria a de não ser submetido a tratamentos sem benefício agregado quando em situação de terminalidade.

Na ausência de contradições, as recusas ou aceitações objetivas permitem, em regra, maior segurança na interpretação do documento, enquanto que manifestações genéricas de valores e crenças podem dificultar a compreensão da vontade, em especial no que diz respeito às situações objetivas, ou seja, quais os tratamentos a serem realizados e quais os que devem ser evitados.

O direcionamento, de qualquer forma, deverá ser sempre conduzido para se obter a vontade do declarante da melhor forma possível, afastando-se interpretações literais e dirigindo-se para a análise do maior interesse envolvido.

Um dos princípios que se aplica ao negócio jurídico, com especial atenção as questões votadas à hermenêutica, é o princípio da conservação. Segundo Grassetti, o princípio indica que, no caso de dúvida, a interpretação deve ser voltada para a aplicação que conferir maior eficácia a disposição¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁵ Define o autor: "Nella sua più concisa formulazione, può enunciarsi così: «Ogni atto giuridico di significato ambiguo deve, nel dubbio, essere inteso nel suo massimo significato utile». [...] L'art. 1367 c.c. impone che si preferisca il significato utile della dichiarazione anziché il significato per cui essa non avrebbe effetto". (Livre tradução: "Em sua formulação concisa, ele pode ser enunciado da seguinte forma: "Qualquer ato legal de significado ambíguo deve, em caso de dúvida, ser entendido no seu sentido útil total". [...] O artigo. 1367 c.c. impõe que se prefira o significado útil da declaração, do que seu o significado pelo qual essa não terá efeito"). GRASSETTI, Cesare. Principio di Conservazione. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Nono volume. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. p. 174.

Grassetti analisa o princípio a partir do art. 1.367 do Código Civil italiano¹⁰⁷⁶ e limita-se a aplicação hermenêutica deste, no que é contestado por vários autores que consideram o princípio da conservação um princípio geral de direito com aplicação ampla¹⁰⁷⁷. A crítica procede tanto que, como se viu no exame do negócio jurídico, tanto na análise da validade como da eficácia, o princípio tem direta incidência.

Marino, embora concorde que a interpretação dos negócios jurídicos é apenas uma das aplicações do princípio da conservação¹⁰⁷⁸, reconhece que *“dada a relevância da atividade interpretativa, não seria exagero afirmar que se trata de um dos principais meios para conservar o negócio jurídico”*¹⁰⁷⁹.

A ideia básica do princípio diz com o aproveitamento do negócio jurídico, ou seja, em promover interpretação que busque alcançar a máxima eficácia do negócio, pois como ato de autonomia do agente, não seria sequer lógico que o sistema acolhesse os negócios nas suas mais diversas formas e não lhes conferisse a mais ampla eficácia, protegendo dos vários problemas que podem surgir na sua aplicação, como a existência de lacunas, ambiguidades e outras, próprias das declarações de vontade¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁶ **Art. 1367 Conservazione del contratto** - Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1424). (Livre tradução: Art. 1367 Conservação do contrato – Na dúvida, o contrato ou uma única cláusula devem ser interpretadas de maneira que possa ter efeito, ao invés daquela segundo a qual não pode haver nenhum efeito).

ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano**: Libro quattro – Delle Obbligazioni. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

¹⁰⁷⁷ Azevedo, ao tratar da eficácia do negócio jurídico, refere-se ao princípio da conservação, sustentando sua aplicação em todos os planos: “Por ele, tanto o legislador como o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente. O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico, sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. [...] O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto. As aplicações do princípio da conservação são inúmeras”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 66-67.

¹⁰⁷⁸ Conforme refere Mariano: “A conservação dos negócios jurídicos é alcançada por meio de diversos institutos ou figuras jurídicos. Vê-se, desde logo, ser a conservação do negócio jurídico um resultado, um fim a ser perseguido, na medida do possível, pelo agente jurídico. Para atingi-lo, o ordenamento jurídico põe à sua disposição diversos meios”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação...**, p. 320. Nessa tese já se tratou do princípio da conservação aplicando-se as questões de validade e eficácia do negócio jurídico, nos itens 4.6 e 4.7.

¹⁰⁷⁹ Cfr. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação...**, p. 324.

¹⁰⁸⁰ Nesse sentido ver MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação...**, p. 318 e AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio...**, pp. 66-67.

Da mesma forma, no que diz respeito a manifestações individuais de cunho existencial, como é a diretiva antecipada, deve-se buscar tanto a vontade real do declarante como a conservação desse ato, visando assegurar o exercício da autonomia individual.

Grassetti, ao examinar a aplicação do princípio da conservação no que tange aos testamentos, atos unilaterais de vontade, reconhece a sua aplicação, ainda com maior razão de ser, exatamente como forma de garantir que se cumpra a vontade do declarante¹⁰⁸¹.

Como a pretensão é assegurar a vontade do declarante, deve-se aproveitar todas as disposições passíveis de atendimento, que se tenha a certeza de decorrerem da manifestação livre da pessoa. Do que também decorre que, comprovada a contradição ou o erro na declaração, cabe salientar que apenas a cláusula que estiver em desacordo não produzirá o seu efeito.

Os atos que contiverem as declarações antecipadas dos cuidados de saúde da pessoa somente terão efetividade se a interpretação e aplicação conduzirem para o acolhimento dessas declarações, fazendo-se cumprir a vontade do declarante.

Cabe salientar que em caso de dúvida que não seja passível de solução, ou de erro evidente da declaração, prevalece a defesa do direito à vida, devendo ser empreendidos

¹⁰⁸¹ Refere o autor: “È opinione oggi prevalente in dottrina e principio ormai recetto in giurisprudenza, che il principio di conservazione si applica anche all’interpretazione del testamento: ed invero il procedimento analogico è autorizzato dall’identità di ratio, perché la ratio del principio di conservazione del contratto si è che l’intento perseguito dai contraenti debba essere realizzato al massimo grado, sempre che non urti contro una disposizione proibitiva di legge, e lo stesso deve dirsi per la realizzazione dell’intento del disponente, nella dichiarazione di ultima volontà. Anzi, l’esigenza più imperiosa, perchè una interpretazione chi priva di efficacia il testamento nega irremediabilmente l’esplicazione dela privata autonomia del disponente, mentre lo stesso non può dirsi sempre per ciò che riguarda il contratto. Non manca tuttavia chi osserva che in materia testamentaria il principio di conservazione non può operare, perchè non vi è da tener conto dell’affidamento altrui: ma sembra decisivo opporre che l’art. 1367 c.c. non há per base l’affidamento, e che nel contratto, como nel testamento, si trata di identificare il significato dela dichiarazione, quando persista il dubbio su quella que sia stata la volontà in concreto del dichiarante”. (Livre tradução: “É a atual opinião prevalente na doutrina e recepcionada pela jurisprudência, que o princípio da conservação também se aplica a interpretação do testamento: e na verdade o processo analógico está autorizado pela identidade de razão, porque a relação entre o princípio da conservação do contrato e o objetivo prosseguido pelos contratantes deve se realizar no grau máximo, sempre que não for contra uma disposição proibitiva da lei, e o mesmo deve ser dito em relação a intenção do instituidor, na declaração de última vontade. Na verdade, a necessidade é mais imperiosa, porque uma interpretação que priva de eficácia o testamento nega, irremediavelmente, a explicação da autonomia do instituidor, enquanto o mesmo não pode ser sempre dito no que se refere ao contrato. No entanto, há aqueles que observam que, em matéria testamentária não pode ser aplicado o princípio da conservação, porque não há que se ter em conta a confiança dos outros: mas parece decisivo opor que o artigo 1367 c.c. não tem por base a confiança tanto no contrato como no testamento, se trata de identificar o significado da declaração, quando persista a dúvida sobre qual é a real vontade do declarante”). GRASSETTI, Cesare. Principio di Conservazione..., pp. 173-176.

os meios possíveis que estiverem a disposição para esse intento. Naturalmente que se a equipe médica ou mesmo os familiares não tiverem certeza da decisão de recusa ou suspensão de tratamento, que possa levar a morte do paciente, e a consequente irreversibilidade da situação, a busca deve ser pela preservação da vida, situação na qual, podendo haver alteração do quadro clínico, ainda pode permitir a obtenção da vontade do paciente.

Na mesma direção também a regra do Código Civil português que direciona para a leitura menos gravosa para o disponente nos negócios jurídicos gratuitos¹⁰⁸².

Sabe-se que em situações finais a tendência é de irreversibilidade do quadro que caminha para a falência dos órgãos, de forma que dificilmente poderá ser obtida nova manifestação que esclareça a declaração anterior. Ainda assim, este é o único caminho que atende aos bens maiores da pessoa, e que pode, ainda, possibilitar o exercício de seu direito.

Embora com possível quebra do exercício da autonomia da pessoa, considerando os maiores benefícios, toda cláusula de uma diretiva que não permita abstrair com certeza a vontade do declarante deverá ser interpretada no sentido de manutenção da vida.

5.4.3 O desconhecimento da existência de diretivas antecipadas de vontade

Não basta que o negócio jurídico exista e seja válido para que se possa falar em eficácia, conforme já se referiu. É possível a análise do plano da eficácia restrita para verificar se esse ato terá força para impor seu cumprimento.

No caso das diretivas antecipadas, considerando a incapacidade da parte no momento de sua aplicação, está a exigir a materialização desse documento, como forma de comprovar a vontade da parte. Daí porque a exigência de que sejam atos escritos.

Mas a eficácia desses atos não depende apenas da sua existência física, como também precisa estar disponível, isto é, estar na esfera de conhecimento daqueles a quem é dirigido.

Considerando que esses atos desencadeiam seus efeitos exatamente no momento em que a pessoa não tenha mais capacidade de se manifestar, é necessário que estejam a

¹⁰⁸² Nesse sentido art. 237 do CC português.

disposição dos serviços de saúde, ou que sejam apresentados no momento que se fizer necessário, sob pena de que o desconhecimento implique no não cumprimento.

Desta forma, o desconhecimento da existência de um ato dessa natureza, quando da necessidade de utilização por parte de equipes da área da saúde, não terá como produzir seus efeitos. Ainda assim, nenhuma responsabilidade pelo não cumprimento poderá ser imputada a quem deveria observá-la.

Mesmo que a pessoa, em estado de doença terminal, tenha realizado uma DA na qual conste que não quer ser submetida à ressuscitação cardiorrespiratória, se, por exemplo, em razão de acidente de trânsito é encaminhada ao hospital para atendimento de urgência, desconhecendo a DA, não está o médico obrigado a sua observância.

Na situação relatada temos dois eixos que podem ser examinados. Inicialmente, a questão relativa ao atendimento de urgência do qual já se falou, que não exige o consentimento expresso, considerado mesmo legalmente como sendo presumido em países como Portugal, do que se falou no item 3.6, cabendo ao profissional da saúde as decisões de tratamento, prevalecendo nesse momento o princípio da beneficência.

Em outro eixo, podemos cogitar de que haveria tempo hábil para pesquisar a existência do documento, mas esse não tenha sido localizado, ainda que tenha sido feito. Também aqui a impossibilidade de atendimento da diretiva decorre de circunstância exterior, não tendo como exigir seu cumprimento.

Para fins de conhecimento e disponibilização que as questões referentes a publicização das diretivas, tratadas no item 4.8, ganham relevância. O registro do ato de declaração de vontade relativo aos cuidados de saúde apenas tem importância com a finalidade de dar publicidade ao ato. Não se trata de requisito para validade. Ao contrário, visa apenas a segurança do cumprimento por parte do paciente.

De nada adianta a realização de uma diretiva se, no momento em que se fizer necessária sua aplicação, esta diretiva não chegue ao conhecimento do médico.

Na mesma analogia que vem sendo realizada com os testamentos, cabe referir que a existência de um testamento público confere maior segurança, em especial pela disponibilidade, enquanto que na outra esfera está o testamento particular que, embora simplificado quanto a sua realização, se não for apresentado também caducará.

No caso das diretivas, a existência de um registro é a solução que vem sendo preconizada. Há, contudo, que se considerar que esse registro e publicidade devem estar disponíveis quando a situação se apresentar. Dessa forma, e considerando que as

pessoas no seu direito de liberdade de ir e vir podem estar em locais diversos daquele em que foi realizada a diretiva quando sua aplicação se impuser, verifica-se que um registro localizado ou regionalizado não atenderia a necessidade de publicização de que se fala.

Igualmente, registros de caráter particular, apenas com o intuito de guardar o documento e não de publicizá-lo, não teriam o efeito pretendido.

A publicização, pois, diz respeito em estar à disposição do destinatário quando necessário.

O registro nacional previsto em Portugal é idealizado visando exatamente essa atenção. Assim que, uma vez registrado, passará a constar do prontuário do utente, e disponível em qualquer atendimento médico que vier a ser realizado no país, quer em hospital público ou privado.

A Espanha é outro país que se preocupou com a disponibilização desses atos, tanto que também se criou um registro nacional, para unificar os registros regionais e evitar o problema das pessoas em trânsito pelo país.

Naturalmente que ainda resta o problema de circulação de pessoas de um país para o outro. De toda sorte, um registro nacional, ligado a serviços públicos de saúde para acesso de profissionais da área médica é o mais indicado.

Afora isso, a apresentação da manifestação pela própria pessoa, por pessoa próxima ou por representante nomeado é medida importante, para que possa permitir o devido cumprimento. Os riscos de perda ou extravio do documento existem. Mas, estando na posse de uma ou mais pessoas, é importante que sejam comunicadas a equipe médica de atendimento.

Aqui o que importa é identificar que o desconhecimento da diretiva implica na perda de sua eficácia. É bem verdade que o resultado do atendimento poderá ou não estar de acordo com a solicitação. Contudo, caso não sejam atendidas as diretivas por desconhecimento da existência, ou porque o conteúdo não esteve disponível em tempo hábil, não há como responsabilizar a equipe médica.

5.4.4 As diretivas válidas e a decisão familiar

Na atualidade, considerando que os documentos de DA's são relativamente novos e ainda de pouca utilização, decisões de fim de vida, quando o paciente não tem

condições de se manifestar, são de responsabilidade dos representantes legais, se existentes e, na falta destes, dos familiares mais próximos.

Nesse sentido, o direcionamento dos códigos de deontologia médica, que repassam o consentimento para o ato aos representantes legais e, não havendo, aos familiares.

Salienta-se que, não raro, os pacientes são pessoas maiores e capazes, que justamente em razão da enfermidade que os direciona para o atendimento de saúde não estão em condições de se manifestar. O fato de estar incapacitado para se manifestar, quanto mais que pode ser temporário, não é motivo, por si só, para uma interdição/inabilitação. Assim, os profissionais da saúde terão que interagir com os familiares para fins de tomadas de decisão quanto aos procedimentos a serem aplicados. No caso de pessoa sujeita à curatela, a pessoa do curador nomeado, embora sua administração não se dirija para as situações de cunho existencial, também deverá ser considerada. Em regra, o curador é algum membro da família, podendo, contudo, ser pessoa estranha.

Inexistindo indicação de quem deve falar pelo doente, profissionais da área médica buscam o consenso apenas tomando decisões de não iniciar ou de suspender tratamentos quando todos os familiares do núcleo mais próximo, assim considerados cônjuge, filhos ou pais, estiverem de acordo.

Deve-se considerar, contudo, que *“os membros da família experimentam diferentes estágios de adaptação, semelhantes aos descritos como referência aos pacientes”*¹⁰⁸³, e não raro são eles que tem maior apego à vida do outro. Assim, uma decisão que parta de familiares envolve não só questões de interesse do paciente, mas, inevitavelmente, também pessoais de quem decide.

No acórdão de julgamento do caso da americana Nancy Cruzan, há expressa referência a intervenção das motivações pessoais dos familiares. Tanto direcionadas a

¹⁰⁸³ Kluber-Ross reconhece que a família do paciente deve ser objeto de atenção tanto quanto este. Além de passarem por períodos similares àqueles que passam os doentes, ingressam sentimentos contraditórios que por vezes tornam mais difícil a aceitação por parte deles do que do próprio doente. Descreve a autora: “Primeiro, ficam com raiva do médico que examinou o doente, e não apresentou logo o diagnóstico; depois, do médico que os informou da triste realidade. Podem dirigir sua fúria contra o pessoal do hospital que jamais cuida o bastante, não importando a eficiência dos cuidados. Há muito de inveja nesta reação, pois os familiares geralmente se sentem frustrados não podendo estar com o paciente e cuidar dele. Há também muita culpa e um desejo de recuperar oportunidades perdidas no passado. [...] O período da fase final, quando o paciente se desprende paulatinamente de seu mundo, inclusive da família, talvez seja o de desgosto mais profundo. Não compreendem que o moribundo, que encontrou paz e aceitação de sua morte, tem de se separar, passo a passo, de seu ambiente, inclusive das pessoas mais queridas”. KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre...**, pp. 174-175.

recusa quanto a manutenção do tratamento, a decisão pode não refletir a perspectiva do paciente¹⁰⁸⁴.

Decisões da esfera íntima cabem apenas a própria pessoa. Daí porque ao se falar em direitos fundamentais personalíssimos, como direitos à vida e à integridade física, cabe ressaltar a importância de se reconhecer o poder de autodeterminação da pessoa.

Não se desconhece que as influências familiares interferem na decisão do paciente. Mesmo quando se fala em autonomia pessoal, que pressupõe a capacidade de autodeterminação de forma livre e isenta de coação, deve-se considerar a impossibilidade de manifestações sem nenhuma influência. Como preleciona Almeida: *“a autonomia nunca pode ser absoluta; terá sempre que ser relativa”*¹⁰⁸⁵.

Dessa forma, é importante avaliar se a decisão do paciente, mesmo que com influências do meio, até porque inevitáveis, está sendo manifestada independente de coação que interfira na decisão, mudando seu rumo.

Estando o paciente com capacidade para se manifestar, impõe-se ao médico a obrigação de interagir e observar a sua vontade. A atuação familiar, nesses casos, deverá ser coadjuvante, ou seja, os familiares poderão agir como conselheiros, mas a decisão deverá partir do indivíduo que sofrerá as suas consequências.

Já na impossibilidade de sua manifestação, a decisão é então transferida aos familiares que, agora sim, atuarão como procuradores tácitos do paciente. Trata-se, porém, de uma decisão que diz com a vida do outro e, como tal, deve ser tomada, tanto quanto possível, de acordo com o que a pessoa decidiria nesse caso se pudesse se manifestar.

¹⁰⁸⁴ Nesse sentido consta do acórdão: “Close family members may have a strong feeling - a feeling not at all ignoble or unworthy, but not entirely disinterested, either - that they do not wish to witness the continuation of the life of a loved one which they regard as hopeless, meaningless, and even degrading. But there is no automatic assurance that the view of close family members will necessarily be the same as the patient's would have been had she been confronted with the prospect of her situation while competent”. (Livre tradução: “Os membros familiares próximos podem ter um forte sentimento – um sentimento não de todo desprezível ou indigno, mas também não totalmente desinteressado – de não desejarem a continuação da vida de um ente querido que consideram sem esperança, sem sentido, e mesmo degradante. Mas não há nenhuma garantia automática de que a visão de familiares próximos será necessariamente a mesma que teria sido se fosse confrontado o paciente com a perspectiva de sua situação enquanto competente”). VLEX UNITED STATES. **Cruzan...**, p. 15.

¹⁰⁸⁵ Prossegue o autor: “No entanto, se autonomia significasse ciência completa de todos os fatores influenciadores da decisão de uma pessoa, literalmente ninguém seria autônomo, incluindo (ou sobretudo?) os médicos. E a presunção legal da competência humana cederia lugar à presunção de incompetência e ninguém estaria em condições de decidir. As pessoas, inevitavelmente, trazem para o processo de tomada de decisão suas próprias individualidades, até onde elas possam significar, de fato, isso”. ALMEIDA, Marcos de. Comentários..., p. 65.

O Código Deontológico Médico português, no seu art. 46º, reporta-se a essa interação entre médico e familiares, com o intuito de que estes auxiliem o médico a verificar qual seria a decisão do paciente se pudesse se manifestar. Isso porque a responsabilidade do médico ainda é direcionada ao bem do paciente, tanto que é prevista a possibilidade de pedido de suprimimento judicial se não houver concordância entre a equipe médica e os familiares¹⁰⁸⁶.

Na prática, a decisão é transferida ao parente mais próximo, diante da presunção de que seria o que tem melhores condições de transmitir a decisão. Já se referiu, contudo, que essa presunção pode não coincidir com a realidade, pois é possível que este não compartilhe dos mesmos valores do doente ou se deixe mover por sentimentos próprios que o impedem de tomar a melhor decisão no interesse do outro.

De toda sorte, na prática, o que se verifica é que nas decisões que envolvem maiores riscos, a equipe médica busca o consenso de todos os membros da família, prudentemente.

Com efeito, legalmente não há uma ordem de indicação de quem deve falar pela pessoa, em especial em decisões de caráter pessoal.

As legislações costumam indicar uma ordem de vocação para assumir a curatela do incapaz, a qual segue exatamente a lógica do núcleo familiar. Partindo-se do pressuposto de compartilhamento das decisões do dia a dia com o cônjuge, passando depois para os filhos para quem se presume que tenha sido transferida a pauta de convicções e valores desenvolvidos ao longo da vida do agora doente incapaz, e aos ascendentes na ausência daqueles.

Além do fato de que essa representação estabelecida tacitamente pode não atender a vontade efetiva do paciente, há o problema de se transmitir a obrigação da deliberação, que contém uma pesada carga de responsabilidade, para pessoas próximas que terão que conviver com esta decisão. Por essa razão, ao envolver o núcleo familiar, o ideal é a decisão compartilhada, envolvendo a todos os presentes.

¹⁰⁸⁶ **Artigo 46.º (Doentes incapazes de dar o consentimento)** 4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer.

5. Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes quereriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade.

6. Quando se considerar que as decisões dos representantes legais ou dos familiares são contrárias aos melhores interesses do doente, os médicos devem requerer o suprimimento judicial de consentimento para salvaguardar os interesses e defender o doente. ORDEM DOS MÉDICOS. **Código de Deontológico...**

Há que ser considerada ainda a possibilidade de divergência familiar. Nos acórdãos analisados no capítulo primeiro dessa tese, verificou-se que a divergência familiar dificulta uma decisão pela recusa ou interrupção de tratamento. Na ausência de manifestação do próprio paciente, volta-se para identificar a decisão presumida deste, a fim de atuar no seu melhor interesse.

As divergências de posição entre os familiares, não raro chamando para si a qualidade de quem melhor representa o paciente, naturalmente que dificultam ou mesmo impedem de identificar qual seria a decisão do paciente.

Assim que, como se verificou no julgamento argentino e também no julgamento do caso francês, o encaminhamento foi pela manutenção dos aparelhos. A dúvida suscitada pelas posições familiares contrárias conduz a aplicação da máxima de que deve ser privilegiado o bem vida.

O caso francês é bastante significativo nesse sentido, pois as divergências persistem ao longo dos anos. De um lado a mulher e alguns irmãos do paciente sustentando que este não gostaria de permanecer na situação que se encontra e, de outro, os pais e demais irmãos alegando que a vontade do paciente seria pela utilização de todas as terapias que estivessem disponíveis. A decisão proferida na Corte internacional (TEDH) faz referência de que por ausência de previsão legal é desnecessária a mediação familiar, além do que é o interesse do paciente que deve prevalecer.

A despeito de quem tenha razão, o que se verifica na situação é que o interesse do paciente acaba por ficar relegado. Prevalece o debate, cada qual dos envolvidos preocupados em defender seus interesses e posições.

Embora não se trate de uma imposição legal, a referência a uma mediação surge como uma ideia, no encaminhamento dessas situações, tendo por interesse final buscar o melhor interesse do paciente, independente das posições dos familiares.

Essas situações reforçam a importância das DA's para esse período em que o paciente já não possa mais deliberar e comunicar a sua decisão. As diretivas surgem como um instrumento que permite fazer prevalecer a manifestação do paciente. Conterá, de forma segura, a manifestação da vontade da pessoa e/ou a indicação da pessoa que o próprio paciente elegeu para tomar as decisões que forem necessárias.

Encontrando-se a pessoa incapaz ou com capacidade reduzida que a impeça de exercer sua autonomia, e na hipótese de existirem as manifestações de vontade, estas deverão seguramente sobrepor-se à decisão familiar se forem divergentes.

Uma diretiva antecipada válida e apta a produzir seus efeitos representa a vontade expressa do próprio paciente a quem, em respeito a sua autonomia, são atribuídas as decisões que digam respeito a sua vida e saúde.

Esta diretiva apta a produzir os efeitos pretendidos impõe-se sobre decisões familiares, preservando assim as manifestações do paciente, evitando que, em razão da sua incapacidade, outros passem a decidir questões de sua esfera íntima.

5.4.5 A responsabilidade médica no cumprimento das diretivas

Pela sistemática prevista pela lei portuguesa, o serviço de registro dos testamentos de Portugal manterá as diretivas válidas disponíveis no site de acesso das informações dos pacientes. Desta forma, o médico que o estiver atendendo terá conhecimento da sua existência. De acordo com o disposto no art. 17, item 2, da Lei nº 25/2012, ao constatar a existência de uma diretiva deverá anexar ao processo clínico do respectivo paciente.

Como já referido, o registro não é requisito de validade, mas apenas facilitador da acessibilidade do documento. Assim, diretivas apresentadas diretamente ao médico, das quais não haja dúvidas quanto à validade, deverão igualmente ser consideradas por ele.

A partir do conhecimento das diretivas, em respeito ao paciente, impõe-se ao médico a sua observância. Salienta-se que não há necessidade de adesão do médico com as determinações constantes das diretivas, pois estas representam a vontade do paciente e não a do profissional da saúde. Assim, se as disposições não forem contrárias à lei ou às praxes médicas atuais, deverão ser atendidas.

Nesse sentido, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal já era expresso no dever médico de observar as diretivas apresentadas. Refere o artigo 46º, item 2: *“Se houver uma directiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa”*¹⁰⁸⁷.

Para que uma diretiva possa se dizer válida, como já se referiu, é necessário que todos os elementos essenciais para sua constituição se façam presentes e atendam aos

¹⁰⁸⁷ ORDEM DOS MÉDICOS. **Código de Deontológico...**

requisitos legais, destacando-se que a manifestação da vontade deve ser livre e clara, demonstrando que o declarante tinha entendimento e discernimento das situações que lhe apresentaram.

As diretivas antecipadas podem ser consideradas como uma consolidação da teoria do consentimento informado. Os profissionais da área da saúde, médicos ou enfermeiros, já estão adaptados à inclusão dos respectivos termos no seu cotidiano. Devem, da mesma forma, acolher as DA's, embora a ausência de interação direta com o paciente. Não se desconhecem os problemas decorrentes do fato de ser um ato prévio e que pode ser elaborado sem os esclarecimentos necessários. Ainda assim, representam a vontade daquele paciente e, em atenção aos seus direitos fundamentais e para atender a sua autonomia, devem ser observados.

Com isso, o respeito à determinação constante de tal ato, quando observados todos os procedimentos que possam conferir validade e eficácia, nada mais é que o respeito pela autonomia da pessoa, princípio desenvolvido no campo da ética da vida. A obrigação de cumprir tal diretiva é, antes de tudo, uma imposição ética.

Acolhido esse fato da vida como um fato jurídico, e a ele conferido validade e eficácia, essa obrigação passa a ser também uma obrigação legal.

Importante, porém, que não seja considerado apenas um documento para exercício de uma medicina defensiva, do que já se falou no primeiro capítulo quando se tratou do consentimento informado. Não cabe ao profissional utilizar-se da DA apenas para justificar a prática do ato que entende correto. Vale dizer: não pode o médico utilizar-se apenas das diretivas que estejam de acordo com o seu posicionamento, desconsiderando as contrárias.

5.4.5.1 O descumprimento das diretivas válidas e o cumprimento das inválidas

Constatada a existência e reconhecida a validade de uma diretiva, o seu cumprimento por parte dos profissionais de saúde se impõe. Trata-se de uma imposição de caráter ético e legal.

Do ponto de vista legal, se a diretiva preenche os requisitos de sua validade e é possível de ser atendida, estando as diretrizes que nela constam de acordo com a situação concreta do paciente e passíveis de serem aplicadas, deve ser cumprida sob pena de responsabilização médica por seu descumprimento.

Conforme analisado no capítulo quarto dessa tese, considerando que as diretivas constituem um negócio jurídico, com o que, decorrem de uma declaração de vontade tendente a produzir efeitos, mais os elementos essenciais intrínsecos com as suas devidas qualificações, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, as diretivas que assim se constituírem existirão e terão validade.

Reitera-se que o objeto geral da diretiva, qual seja, estabelecer as diretrizes de atendimento para situação de fim de vida em que a pessoa não possa se manifestar, é um objeto lícito. Se entre as diretrizes elencadas, ou seja, uma ou mais cláusulas contiver conteúdo ilícito, essa diretriz não tem como se sustentar, embora a sua nulidade não atinja todo o documento. Por exemplo, nos ordenamentos jurídicos que não recepcionam a eutanásia se for estabelecida uma diretriz nesse sentido, essa cláusula é tida por não escrita, ou seja, sem qualquer validade e, de consequência, sem qualquer eficácia.

Afora isso, as diretivas apresentadas ou que forem de conhecimento médico, como é o caso das diretivas registradas no RENTEV em Portugal, preenchendo os requisitos legais de validade e apresentando-se as situações que desencadeiam a sua eficácia, quais sejam as condições suspensivas indicadas, impõe-se o seu cumprimento.

Apenas em caso de objeção pontual do médico, em razão de seus próprios valores, poderá ele deixar de cumprir, afastando-se do atendimento e declarando o motivo de sua discordância, ou seja, com a devida alegação de objeção de consciência da qual se falará na sequência.

Salienta-se que se as cláusulas dispostas não tiverem como ser atendidas, por impossibilidade material de seu objeto, por exemplo, ou porque as situações previstas não se apresentam, tem-se a caducidade do documento, e, assim, não se configura o descumprimento.

Trata-se de uma das hipóteses de perda da eficácia restrita. Ou seja, mesmo sendo válida a diretiva, ainda assim não produzirá seus efeitos, por perda da sua força. Imagine-se a hipótese de uma diretiva restrita a recusa de transfusão de sangue, regra acolhida por Testemunhas de Jeová, em que se apresente uma doença terminal, como a hipótese de um câncer em estágio final, na qual, porém, as situações de atendimento não demandem a utilização de transfusão. Ou seja, embora válida, a diretiva não terá efeito algum, pois as restrições apresentadas não são aplicáveis a situação em que o paciente se encontra.

Já a mesma disposição prévia e na hipótese de acidente grave que exija procedimento cirúrgico, com possibilidade de que se faça necessária a realização de transfusão de sangue, o médico deve estar ciente de que não poderá utilizá-la, em respeito a pessoa do declarante, que emitiu sua vontade, por meio legal da diretiva antecipada.

Da mesma forma é possível pensar na hipótese da pessoa ter declarado a aceitação de cuidados paliativos, com expressa referência da preferência por passar momentos finais em casa. Considerando que são cláusulas válidas e com ressonância nos consensos éticos atuais, a diretiva será válida e deverá ser cumprida se as situações clínicas previstas forem, por exemplo, o caso de uma doença grave, que entre em seu estágio terminal, qual seja, aquele em que nada do que possa ser feito das terapias ou utilização de medicamentos terá qualquer efeito curativo.

Com mais razão impõe-se o cumprimento se a diretriz indicada é no sentido de recusa de participar de tratamentos experimentais, terapias ou medicamentos. Isso porque o paciente também estaria na condição de um sujeito de pesquisa, para a qual há exigência de aprovação de um projeto e que todos os participantes manifestem sua concordância, cientes dos benefícios e dos riscos envolvidos.

A existência de uma diretiva prévia de vontade com a negativa de participar de experimentos implica na real impossibilidade de participação em pesquisa. Novamente refere-se que a DA, para produzir seus efeitos, necessita que as situações clínicas previstas ocorram. Assim, se a pessoa estiver com uma doença grave, em estágio avançado ou terminal, e não puder mais se manifestar, ou mesmo encontrando-se em estado vegetativo permanente, e tendo manifestado previamente a recusa ao tratamento, não terá como lhe ser administrada terapia ou medicamento em fase experimental.

A preocupação com o cumprimento nesse caso deve ser redobrada, pois, do contrário, outra decisão pode se sobrepor a do paciente, com o risco de que venha a ser utilizado como objeto de pesquisa, o que é vedado. Se há um limite que possa ser identificado claramente é exatamente a impossibilidade de utilização do ser humano como um meio, um objeto. Considerando a dignidade que lhe é inerente, a pessoa humana é um fim em si mesmo. Sujeitar alguém a participar de pesquisa, sem o prévio consentimento, livre e esclarecido, e que, portanto, apenas pode ser emitido pela própria pessoa, atenta contra a dignidade do ser humano.

A análise nesse tópico, pois, diz com documento válido e eficaz que assim deverá ser atendido, pela equipe médica, mesmo que contra a posição de familiar ou dos familiares.

A existência de uma declaração prévia, consubstanciada em um documento, visa exatamente ser objeto de prova da manifestação da pessoa e, assim, garantia de que aquela era a sua vontade. Prevalece, desta forma, sobre decisões contrárias que partam de familiares ou mesmo da equipe médica.

O não cumprimento de uma diretiva antecipada válida, da qual se tinha ciência, é passível de responsabilização, em maior ou menor grau, pois, como se viu, em algumas das hipóteses o prejuízo pode ser maior do que em outras.

Da mesma forma, se a invalidade do documento for detectável e ainda assim o médico dela se utilizar para efetuar a manobra que entende oportuna, responderá por sua utilização indevida.

É o caso, por exemplo, do atendimento do pedido de eutanásia, nos países em que a prática não é aceita e, ao contrário, é punida. A existência de uma diretiva apresentada pelo médico não afasta o crime. Como se trata de um objeto ilícito, a diretiva não preenche requisito de validade e, desta forma, não tem como prevalecer. Salienta-se que o profissional da área médica não pode alegar desconhecimento da ilicitude, nem a conclusão de que a diretiva se sobreporia às regras legais.

Da mesma forma, sendo inválida uma diretiva, por exemplo, pela incapacidade do declarante, não tem o médico como se escusar da prática em função de constar da diretiva. Suponha-se o caso de uma pessoa que quando do atendimento ainda não atingiu idade que lhe confere capacidade plena e que apresenta diretiva recusando, por exemplo, ventilação mecânica, que poderia lhe ser útil. Se a pessoa no momento do atendimento ainda não tinha adquirido a capacidade legal, naturalmente que a diretiva feita anteriormente não atendeu a esse requisito e, como tal, não é válida. Não sendo válida, não tem igualmente como produzir efeitos. Assim, o atendimento médico não pode ser com base nessa diretiva que se sabe ser inválida.

Cabe ressaltar que se tem por correto o cumprimento da disposição válida e o descumprimento da inválida. Afora essas hipóteses, os profissionais da saúde respondem pelo não atendimento correto. Em ambas as hipóteses, porém, há um problema envolvido, qual seja o resultado que possa advir.

As situações que desencadeiam as diretivas, em regra, são situações que se encaminham para o fim de vida, em consequência do que o resultado pode ser irreversível.

Por outro lado, o descumprimento de uma diretiva válida que previa «não ser submetido à reanimação cardiorrespiratória», se, por exemplo, o médico decide pela manobra e o paciente responde bem ao tratamento tendo uma sobrevida considerável, ainda assim, poderá o médico responder caso o paciente entenda que a medida lhe trouxe prejuízos, como maior tempo de dor e sofrimento.

Na mesma situação concreta, porém, partindo-se do pressuposto de que a diretiva mostrava-se inválida, tenha o profissional da saúde conhecimento ou não, não há como responder, já que o cumprimento nesses termos não pode ser considerado como um dano.

Sempre que houver dúvidas prevalecerá a decisão pró-manutenção de tratamento. Isso porque, embora possa trazer prejuízos ao paciente, como prolongamento do processo de fim de vida, é o que permitiria tempo de sobrevida e mesmo de mudança de decisões se necessário fosse.

5.4.5.2 *A objeção de consciência*

A legislação portuguesa no art. 9º prevê a possibilidade de não cumprimento de uma diretiva por um profissional da saúde, sempre que atente contra a sua própria consciência.

Todo o estudo das diretivas é voltado para a análise da autonomia do paciente, mas é necessário reconhecer que também aos profissionais de saúde que o atendam, médicos e/ou enfermeiros, deve ser assegurado o exercício de sua própria autonomia, podendo agir de acordo com a sua pauta de valores. O Código de Deontologia médica português, aliás, reconhece a autonomia do médico (embora imponha determinadas obrigações com relação aos atendimentos de urgências) e formas de exercício de objeção de consciência¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁸ **Artigo 37.º (Objeção de consciência)**

1. O médico tem o direito de recusar a prática de acto da sua profissão quando tal prática entre em conflito com a sua consciência, ofendendo os seus princípios éticos, morais, religiosos, filosóficos ou humanitários.
2. O exercício da objecção de consciência deverá ser comunicado à Ordem, em documento registado, sem prejuízo de dever ser imediatamente comunicada ao doente ou a quem no seu lugar prestar o consentimento.

Mesmo reconhecendo os consensos que a esfera médica e social tem alcançado em relação às questões de fim de vida, sabe-se tratarem-se de temas polêmicos e controversos. Muitas das opções decorrem de um consenso de maioria e, como tal, podem ser consideradas como posições políticas. Dada a complexidade e a importância dos temas, objeto do debate, posições individuais contrárias existem e devem ser respeitadas porque são decorrentes de objeções formais e racionais.

A objeção de consciência é a recusa de um indivíduo por motivos de consciência a se submeter a um comportamento juridicamente imposto, qual seja, uma obrigação legal. Pode-se dizer que se trata de uma espécie de desobediência civil, dentro dos contornos da própria lei¹⁰⁸⁹.

Tem um caráter individual na medida em que a pessoa busca apenas justificar o seu não atendimento a uma regra legal. Há um conflito individual entre um dever moral e um jurídico, *“dito de outra forma: entre uma «injunção legal ou de uma ordem administrativa mais ou menos directa», e um sentimento que, podendo ter uma tonalidade predominantemente política, ideológica ou religiosa, adquire sempre um contorno moral decisivo”*¹⁰⁹⁰.

O que está em jogo são os valores morais do objetor, que o impedem do cumprimento de uma norma imposta. O que lhe move, pois, são suas próprias convicções. Importante que se diga que o objetor não busca o reconhecimento de seus interesses próprios. Move-se em função dessas suas convicções, mas não as coloca na pauta da discussão. Não ingressa na esfera da disputa se esta ou aquela posição é a que está correta, nem pretende encontrar um vencedor. O objetor apenas deixa de cumprir

3. A objeção de consciência não pode ser invocada em situação urgente e que implique perigo de vida ou grave dano para a saúde e se não houver outro médico disponível a quem o doente possa recorrer, nos termos do número 1 do artigo 41.⁹

ORDEM DOS MÉDICOS. **Código de Deontológico...**

Também no Brasil a autonomia do médico é expressa no Código de Ética Médica. Ao tratar dos princípios fundamentais do Código, dispõe o inciso VII: “O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009...**

¹⁰⁸⁹ Nesse sentido ver SILVA, Miguel Oliveira. Objeção de consciência, planeamento familiar e interrupção de gravidez. In: SILVA, João Ribeiro et al. **Contributos para a bioética em Portugal**. Lisboa: Edições Cosmos, 2002. p. 395.

¹⁰⁹⁰ Prossegue o autor: “Estamos no domínio do conflito entre os chamados deveres naturais, noção que está longe de ser pacífica e aceita por todos, mas que, consensualmente, releva de princípios éticos. O objetor de consciência move-se por imperativos autónomos, Kantianos”. SILVA, Miguel Oliveira. Objeção..., p. 395.

uma determinação reconhecidamente legal em razão de não concordar com esta, por motivos de consciência.

Para Brock, a consciência de que se trata decorre da capacidade da pessoa de fazer julgamentos morais e de atuar de acordo com esses julgamentos, deixando claro que não está vinculada a crenças religiosas, embora possa decorrer delas¹⁰⁹¹.

A oposição manifestada, assim, respeita a pluralidade de uma sociedade democrática, reconhecendo no outro a possibilidade de sua concordância com a regra e a situação, embora pessoalmente dela discorde¹⁰⁹². A previsão da objeção atende, dessa forma, aos conceitos democráticos e a proteção dos direitos fundamentais, devendo-se ter o cuidado para que o atendimento solicitado pelo paciente seja encaminhado e para que não haja discriminação nem de quem apresenta a objeção, nem de quem irá cumprir a medida¹⁰⁹³.

¹⁰⁹¹ Refere o autor: "I shall understand by "conscience" an individual's faculty for making moral judgments together with a commitment to acting on them. For many persons, their consciences are deeply informed by their religious beliefs and commitments, but there is no necessary connection between conscience and religion since many non-religious persons are equally possessed of moral commitments and consciences". (Livre tradução: "Vou entender por "consciência" a faculdade de um indivíduo de fazer juízos morais junto com um compromisso de agir de acordo com eles. Para muitas pessoas, suas consciências são profundamente informadas por suas crenças religiosas e compromissos, mas não há nenhuma conexão necessária entre a consciência e a religião, uma vez que muitas pessoas não-religiosas são igualmente possuídas de compromissos morais e consciências"). BROCK, Dan W. *Conscientious refusal by physicians and pharmacists: who is obligated to do what, and why?* **Theor Med Bioethics**, n. 29, p. 187-200, 2008. Disponível em: <<https://pmr.uchicago.edu/sites/pmr.uchicago.edu/files/uploads/Brock,%20Conscientious%20refusal%20by%20physicians%20and%20pharmacists.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2016. p. 188.

¹⁰⁹² Cfr. SILVA, Miguel Oliveira. *Objecção...*, p. 396.

¹⁰⁹³ O Presidente do Conselho Nacional de Bioética da Itália, ao apresentar o estudo feito sobre a objeção de consciência, reforça o espírito democrático dessa previsão. Refere na apresentação: "Per questi principali motivi il parere, col voto favorevole di tutti e un solo astenuto, conclude che l'obiezione di coscienza in bioetica è un diritto costituzionalmente fondato (con riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo), costituisce un'istituzione democratica, in quanto preserva il carattere problematico delle questioni inerenti alla tutela dei diritti fondamentali senza vincolarle in modo assoluto al potere delle maggioranze, e va esercitata in modo sostenibile". Perciò la tutela giuridica dell'obiezione di coscienza non deve limitare né rendere più gravoso l'esercizio di diritti riconosciuti per legge né indebolire i vincoli di solidarietà derivanti dalla comune appartenenza al corpo sociale. Da queste conclusioni, derivano anche alcune raccomandazioni: nella tutela dell'obiezione di coscienza, che discende dal suo essere costituzionalmente fondata, si devono prevedere misure adeguate a garantire l'erogazione dei servizi, con attenzione a non discriminare né gli obiettori né i non obiettori, e quindi un'organizzazione delle mansioni e del reclutamento che possa equilibrare, sulla base dei dati disponibili, obiettori e non". (Livre tradução: "Por este principal motivo a opinião, com o voto favorável de todos e uma abstenção, conclui que a "objeção de consciência em bioética é um direito constitucionalmente estabelecido (com referência aos direitos invioláveis do homem), representa uma instituição democrática, como preserva a natureza problemática das questões relacionadas com a proteção dos direitos fundamentais, sem ligá-los absolutamente ao poder da maioria, e deve ser exercido de forma sustentável ". Portanto, a proteção legal da objeção de consciência não deve limitar nem fazer mais intenso o exercício dos direitos reconhecidos pela lei nem enfraquecer os laços de solidariedade decorrentes da pertença comum no corpo social. A partir destas conclusões, também derivam algumas recomendações: na tutela da objeção de consciência, que decorre de ser constitucionalmente estabelecido, deve-se tomar medidas adequadas para assegurar a

Ressalta-se que ao objetor não cabe analisar ou se opor ao que foi solicitado, nem colocar em dúvida as alegações e a declaração da vontade do terceiro. Somente pode alegar a objeção de consciência por razões de moral privada¹⁰⁹⁴.

É certo que há conflitos entre os deveres institucionais ou de responsabilidade profissional do objetor com direitos individuais que lhe são assegurados. Segundo a tese da integridade, a objeção de consciência é um direito individual absoluto¹⁰⁹⁵. Contudo, mesmo dentro dessa tese há graduações, desde autores que entendem o direito de agir de acordo com a sua consciência e mesmo obstruir o direito do terceiro¹⁰⁹⁶, para aqueles que entendem como um direito do objetor que deverá, contudo, observar certos critérios nos quais pode prevalecer o dever¹⁰⁹⁷.

Para Brock, é necessária a relevância das crenças e o dever de encaminhamento do paciente para atendimento sem causar sérios danos ou encargos para esse paciente¹⁰⁹⁸. Ao falar em relevância não está a discutir a profundidade da crença do

prestação de serviços, com cuidado para não discriminar nem objectores ou não objectores e, em seguida, uma organização de tarefas e de recrutamento que pode equilibrar, com base nos dados disponíveis, objectores e não objectores”). ITÁLIA. Comitato Nazionale Per la Bioética (CNB). **Obiezione di coscienza e bioética**. 30 luglio 2012. Disponível em: <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Obiezione_coscienza.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁰⁹⁴ Diniz exemplifica a questão posta ao tratar do aborto: “O dispositivo da objeção de consciência é acionado pelo médico diante de uma situação concreta de pedido de aborto por uma mulher. Nesse caso, a objeção de consciência não pode ser alegada por desconfiança quanto ao estupro, por exemplo, mas estritamente por razões de moral privada do médico, como é o caso das crenças religiosas. Não cabe ao médico ou à equipe de saúde o julgamento sobre a narrativa do estupro, não sendo sequer necessário o boletim de ocorrência policial, pois há “presunção de veracidade na palavra da mulher”. Ao alegar a objeção de consciência, o médico solicita a recusa em cumprir com o seu dever”. DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

¹⁰⁹⁵ Cabe referir que alguns autores defendem a tese da incompatibilidade segundo a qual, na atividade profissional estaria vedada a objeção de consciência por violar a responsabilidade médica de assistir ao paciente. Entendem que há uma diferença entre as esferas privadas do indivíduo, no qual age de acordo com sua consciência e a esfera pública ou de sua atividade que deve agir de acordo com sua responsabilidade profissional. Ainda que se entenda que a possibilidade de objeção de consciência por parte do profissional deve atender a requisitos, deve-se ter presente também o direito desse profissional de manifestar sua discordância moral quando for o caso.

Sobre a tese da incompatibilidade, ver DINIZ, Debora. Objeção..., p. 79.

¹⁰⁹⁶ Cabe referência que a interpretação de um direito absoluto que venha a atingir o direito de terceiro não tem como se sustentar. Considerar como direito absoluto que possa ser exercido mesmo quando, por exemplo, trata-se de um direito legal e que deve ser prestado por um serviço público, apenas redireciona para o atendimento por outro profissional. Contudo, reconhecer que em função da sua consciência o profissional pode se negar a atender e obstruir direito de terceiro, implicaria em indevida intervenção na esfera desse terceiro, e não se coaduna com a teoria da objeção de consciência que, repita-se, não diz com a tentativa de fazer impor a ideia do objetor.

¹⁰⁹⁷ Cfr. DINIZ, Debora. Objeção..., pp. 80-82.

¹⁰⁹⁸ Refere o autor: “According to the conventional compromise, a physician/pharmacist who has a serious moral objection to providing a service/product to a patient/customer is not required to do so only if the following three conditions are satisfied: 1. The physician/pharmacist informs the patient/customer about the service/product if it is medically relevant to their medical condition; 2. The physician/pharmacist refers the patient/customer to another professional willing and able to provide the service/product; 3.

profissional nem a sinceridade e seriedade de sua manifestação. A relevância dirige-se para a questão relativa à sua atuação. Para o autor, a relevância para a condição médica diz com os serviços que a maioria dos profissionais, que não tenham objeção moral a ele, considera razoável e apropriado para a condição do paciente¹⁰⁹⁹. Com isso, não seria possível objetar, por exemplo, se com isso o médico violasse os requisitos legais de justiça social ou se fosse incompatível com o cumprimento de responsabilidades centrais do papel profissional do médico¹¹⁰⁰.

Como refere Diniz, os defensores de uma tese moderada de integridade visam *“estabelecer parâmetros mínimos que regulem o exercício da objeção de consciência de forma a não entendê-lo como um direito absoluto dos médicos e, ao mesmo tempo, a reconhecer sua importância para o pluralismo moral”*¹¹⁰¹.

The referral does not impose an unreasonable burden on the patient/customer”. (Livre tradução: “De acordo com o compromisso convencional, um médico/farmacêutico que tenha uma séria objeção moral para fornecer um serviço/produto a um paciente/cliente não é obrigado a fazê-lo apenas se as seguintes três condições forem satisfeitas: 1. O médico/farmacêutico informa o doente/cliente sobre o serviço/produto se for medicamente relevante para a sua condição médica; 2. O médico/farmacêutico encaminha o paciente/cliente a outro profissional disposto e capaz de fornecer o serviço/produto; 3. O encaminhamento não impõe uma carga excessiva ao paciente/cliente”). BROCK, Dan W. *Conscientious...*, p. 194.

¹⁰⁹⁹ Ao analisar a condição de relevância de que refere como primeira, Brock refere: “The first condition uses the phrase “relevant to his or her medical condition,” and this is obviously vague, in need of interpretation in particular cases, and subject to controversy. I would interpret it as any service/product that most other members of the profession would deem reasonable or appropriate for the patient’s condition if they had no moral objection to it. This should be reasonably determinate in most circumstances, if only because there will nearly always be other professionals without the moral objection whose practice can be observed and who can be consulted about a questionable case. Sometimes, the physician or pharmacist may inform all new patients or customers earlier that they will not provide certain services should they later become relevant”. (Livre tradução: “A primeira condição usa a frase “relevantes para a sua condição médica” e este é, obviamente, vago, na necessidade de interpretação em casos particulares, e sujeito a controvérsia. Eu interpretaria isso como qualquer serviço/produto que a maioria dos outros membros da profissão consideraria razoável ou apropriada para a condição do paciente, se eles não tinham objeção moral a ele. Deve ser razoavelmente determinada na maioria das circunstâncias, mesmo porque não será quase sempre outros profissionais sem a objeção moral cujas práticas podem ser observadas e que podem ser consultadas sobre algumas casas questionáveis. Às vezes, o médico ou farmacêutico pode informar todos os novos pacientes ou clientes anteriores que não irá fornecer determinados serviços se eles mais tarde tornam-se relevantes”). BROCK, Dan W. *Conscientious...*, p. 194.

¹¹⁰⁰ Em seu artigo, Brock parte de exemplo de situações que permitem identificar a ausência da relevância de que se fala, como o exemplo de uma médica A que apenas se disporia a atender pacientes brancos como ela, e de uma médica B que, convertida Testemunha de Jeová, nega-se a realizar transfusões de sangue em qualquer caso. Conclui que nos casos pode-se identificar dois tipos de razões para não oferecer o compromisso convencional: se fizesse permitiria ao médico violar os requisitos legais de justiça social, como com o caso do médico A; ou seria incompatível com o cumprimento de responsabilidades centrais do papel profissional do médico, como com o caso do médico B. *Cfr.* BROCK, Dan W. *Conscientious...*, pp. 190 e 194.

¹¹⁰¹ Prossegue a autora referindo exemplos dessa linha intermediária: “Uma linha semelhante de acomodação entre direitos e responsabilidades foi proposta pela Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento e pela Norma Técnica de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, do Ministério da Saúde, que reconhecem o direito à objeção de

Não é, portanto, uma simples discordância com a regra. É preciso uma discordância por motivos éticos relevantes que justifiquem a sua posição.

Na área de fim de vida, sem dúvida, essas circunstâncias podem surgir a cada momento. Caso o profissional médico não concorde com as diretivas apresentadas pelo paciente, poderá afastar-se do atendimento, justificando-se frente ao órgão de classe, na forma prevista.

Em situações de fim de vida que buscam antecipar o momento da morte, como é o suicídio assistido e a eutanásia de que se falou no capítulo segundo dessa tese, uma vez prevista a possibilidade legal de vir a ser realizado, como vem ocorrendo em alguns países, é necessário também que se possibilite a objeção de consciência por parte do profissional da área de saúde¹¹⁰².

Cabe ressaltar, contudo, que a obrigação primeira do médico é com o seu paciente, de forma que, embora reconhecida a possibilidade de objetar a execução de determinada prática, em razão da sua consciência, deve primeiro garantir o devido atendimento ao seu paciente¹¹⁰³.

consciência dos profissionais envolvidos no atendimento ao aborto, mas limitam seu exercício em casos de risco de morte para a mulher, urgência ou inexistência de outro serviço de referência obstétrica". DINIZ, Debora. *Objeção...*, pp. 81-82.

¹¹⁰² Analisando a situação do Estado de Oregon, quando da aprovação da lei que trata sobre o suicídio assistido, Brock analisa também a impossibilidade de vedação desta prática por parte da sociedade médica, sob pena de estar extrapolando sua autoridade. Exalta, contudo, a indicação legal de que cada médico individualmente possa se recusar a realizá-la. Refere o autor: "So when the state of Oregon legalized physician assisted suicide (PAS) a decade ago, it would have exceeded the profession's authority for the Oregon medical society to require that no member participate in PAS, on pain of losing their professional membership and prohibiting them from practicing. That coercive authority properly belongs to the state, which alone grants professional licenses, and Oregon had chosen to permit physicians to engage in the practice. On the other hand, Oregon could, and did, permit individual physicians who had serious ethical objections to PAS not to take part in it". (Livre tradução: "Assim, quando o Estado de Oregon legalizou o suicídio assistido (PAS) há uma década, a sociedade médica de Oregon teria excedido a autoridade ao exigir que nenhum membro participasse do suicídio assistido, sob pena de perder sua filiação profissional e proibindo-os de praticar sua atividade. Essa autoridade coercitiva pertence propriamente ao Estado, que só concede licenças profissionais, e Oregon tinha escolhido permitir médicos para se envolver na prática. Por outro lado, Oregon podia, e permitiu, que médicos individuais que tinham sérias objeções éticas ao PAS nele não participassem"). BROCK, Dan W. *Conscientious...*, p. 193.

¹¹⁰³ No ano de 2016 um grupo de filósofos e bioeticistas reuniu-se em Genebra, emitindo uma nota na qual identificam alguns pontos importantes na questão da objeção de consciência, na qual se ressalta a importância de não deixar o paciente desassistido. Nesse sentido, seguem algumas das recomendações: "1. Healthcare practitioners' primary obligations are towards their patients, not towards their own personal conscience. When the patient's wellbeing (or best interest, or health) is at stake, healthcare practitioners' professional obligations should normally take priority over their personal moral or religious views. 2. In the event of a conflict between practitioners' conscience and a patient's desire for a legal, professionally sanctioned medical service, healthcare practitioners should always ensure that patients receive timely medical care. When they have a conscientious objection, they ought to refer their patients to another practitioner who is willing to perform the treatment. In emergency situations, when referral is not possible, or when it poses too great a burden on patients or on the healthcare system, health practitioners should perform the treatment themselves. 3. Healthcare practitioners who wish to conscientiously object

Assim, dentro dos mesmos requisitos para objeção de que se falou acima, é necessário o encaminhamento ao profissional que possa atender a vontade do paciente, ressaltando que esse encaminhamento não pode se tornar um fardo para esse paciente.

Nas leis belga e holandesa, que tratam da eutanásia e do suicídio assistido, há previsão legal para o encaminhamento do paciente a outro médico, tratando-se de pedido legítimo, caso o profissional que o estiver atendendo se recuse a essas práticas¹¹⁰⁴.

Como já foi tratado, poucos são os países e/ou estados membros que aceitam a prática de antecipação do momento da morte, casos em que a orientação moral do profissional pode ser diametralmente oposta. Contudo, há casos mesmo de circunstâncias analisadas nesse trabalho como sendo de consensos éticos e sobre os quais pode haver divergências morais envolvidas, como, por exemplo, a aplicação de sedação em pacientes terminais, considerando o chamado duplo efeito que pode advir. Também aqui é possível a objeção de consciência, ressaltando a importância de observar a vontade do paciente, de forma que o profissional da saúde deve fazer o devido encaminhamento, se for o caso.

Por meio da objeção de consciência, pois, é possível atender também ao direito individual do profissional médico, com vistas a garantir sua integridade moral,

to providing medical treatment should be required to explain the rationale for their decision". (Livre tradução: "A obrigação principal dos profissionais de saúde "são para com os seus pacientes, não para a sua própria consciência pessoal. Quando o bem-estar do paciente (ou melhor interesse, ou de saúde) está em jogo, obrigações profissionais devem normalmente ter prioridade sobre seus pontos de vista morais ou religiosos pessoais. 2.No caso de um conflito entre a consciência dos profissionais e do desejo de um paciente para um serviço médico legal, profissional sancionado, os profissionais de saúde devem sempre garantir que os pacientes recebam assistência médica oportuna. Quando eles têm alguma objeção de consciência, eles devem submeter os seus pacientes para outro médico que está disposto a realizar o tratamento. Em situações de emergência, quando a referência não é possível, ou quando se coloca um fardo muito grande sobre os pacientes ou no sistema de saúde, os profissionais de saúde devem realizar o tratamento eles mesmos. 3. profissionais de saúde que desejam se opor conscientemente a fornecer tratamento médico devem ser obrigados a explicar as razões para a sua decisão). CONSENSUS Statement on conscientious objection in healthcare"). In: UNIVERSITY OF OXFORD. **Practical ethics**. Disponível em: <<http://blog.practicaethics.ox.ac.uk/2016/08/consensus-statement-on-conscientious-objection-in-healthcare/>>. Acesso em: 05 set 2016.

¹¹⁰⁴ Referem Adams e Nys: "Por fim, na Bélgica o médico não é obrigado a concordar com o pedido legítimo de eutanásia (Seção 14 da lei de Eutanásia belga); ele pode recuar-se a praticá-la por razões de consciência ou por razões médicas. Neste caso, porém, ele deve informar o paciente ou a pessoa de "confiança do paciente" (veja abaixo item 4.2), dentro de um prazo razoável e explicar as razões da recusa. Se a recusa médica se basear em razões médicas, então deve ser anotada no prontuário médico do paciente. Além disso, a pedido do paciente ou da "pessoa de confiança", o médico que se recusa a atender a um pedido de eutanásia deve entregar o prontuário do paciente ao médico subsequentemente nomeado pelo paciente ou pela sua "pessoa de confiança". O médico nos Países Baixos também pode recusar-se a atender ao pedido de eutanásia. O processo parlamentar holandês – embora não seja a própria lei holandesa – estabelece que, nestes casos, existe o dever de encaminhar o paciente a outro médico". ADAMS, Maurice; NYS, Herman. Legislando..., p. 313.

permitindo-lhe a recusa de atendimento em situações que confrontem com sua consciência e, ainda assim, permitir que o desejo do paciente seja atendido, considerando que a objeção apresentada não é impeditivo do direito de terceiro.

5.5 As garantias de cumprimento das DA's

5.5.1 A garantia decorrente de um dever ético e legal

As atividades na área da saúde, em razão de tratarem o corpo e a mente da pessoa, sempre foram cercadas do reconhecimento de sua importância. *“Nenhuma profissão foi consciente desde épocas tão antigas, como a Medicina, das dimensões morais implicadas no seu exercício”*¹¹⁰⁵.

Desenvolveu-se o que se denomina de ética médica, em razão do que foram elaborados códigos deontológicos estabelecendo as obrigações e restrições das atividades médicas, tendo por fim maior o bem do paciente.

O preâmbulo do Código da Ordem Médica de Portugal refere:

*Um Código Deontológico destinado a médicos é um conjunto de normas de comportamento, cuja prática não só é recomendável como deve servir de orientação nos diferentes aspectos da relação humana que se estabelece no decurso do exercício profissional*¹¹⁰⁶.

É assim que os códigos de ética médica direcionam e mesmo impõem determinadas condutas, ainda que com abrangência limitada aos membros daquela profissão. De toda sorte, assim como as normas jurídicas, também as pautas deontológicas, que como tal são normas de valor, tem caráter obrigatório¹¹⁰⁷.

Ao lado desses imperativos éticos decorrentes da profissão, surgiram novas preocupações que conduziram ao surgimento do que se denominou de «bioética». Esta se desenvolveu tanto no campo investigativo como assistencial. Por verificar que a evolução tecnológica não vinha acompanhada da devida reflexão ética sobre a sua utilização, buscou-se um novo espaço de diálogo e debate¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁵ Cfr. GAFO, Javier. **Bioética...**, p. 13.

¹¹⁰⁶ ORDEM DOS MÉDICOS. **Código de Deontológico...**

¹¹⁰⁷ Cfr. PITHAN, Livia Haygert. A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 99.

¹¹⁰⁸ Ferry diz: “Primeiro porque as formidáveis descobertas feitas pelas ciências da vida há alguns anos não devem deixar ninguém indiferente. Esses progressos inauditos revolucionaram a tal ponto nossas

A bioética contribuiu para o debate ético inclusive com relação às obrigações morais médicas. É nesse espaço que surgiu o respeito à autonomia individual e se desenvolveu a teoria do consentimento informado, incorporado pelos mais diversos códigos de deontologia médica¹¹⁰⁹.

Ao reconhecer a possibilidade de recusa de tratamentos sem eficácia em situações de fim de vida, estabelecer a exigência do consentimento livre e esclarecido e adotar por fundamento o respeito pela autonomia do paciente, os códigos deontológicos acolhem os princípios bioéticos.

O Código de Ética Médica brasileiro, ao mesmo tempo em que impõe a proibição de abreviar a vida do paciente, reconhece a possibilidade de não empreender em tratamentos irracionais, bem como o dever de observar a vontade do paciente¹¹¹⁰. Quando se refere à vontade expressa do paciente, acolhe não só a manifestação atual, como aquelas previamente expressas por meio das DA's.

O Código Deontológico Português, aliás, é expresso ao determinar o acolhimento das diretivas que estiverem de acordo com a situação clínica para as quais foram previstas¹¹¹¹.

A observação de uma diretiva, pois, é uma imposição ética dirigida aos profissionais da área da saúde.

Nesse sentido, os Códigos de Ética médica, que tem por fundamento o respeito à dignidade da pessoa e a sua autonomia, estão a impor a obrigação profissional de atendimento das disposições antecipadas com relação aos cuidados de saúde que tenham sido elaborados.

representações do mundo que a maioria das questões tradicionais da metafísica encontra-se afetada. Mais do que nunca impõe-se esta constatação: nenhuma filosofia, por pouco séria que seja, poderia doravante enclausurar-se por mais tempo numa torre de marfim, pretendendo ignorar os resultados das ciências positivas; nenhum biólogo, consciente das implicações práticas da pesquisa fundamental, poderia ainda desinteressar-se das questões filosóficas que, quase diariamente, seu trabalho suscita no espaço público. De resto, é desse lado, nos «comitês de ética», que biólogos e filósofos são cada vez mais solicitados a encontrar-se para elaborar uma reflexão comum em torno dessas questões que em geral são designadas pelo nome de «bioética»: quem fixará limites na matéria, em nome de que critérios, segundo que processos?" FERRY, Luc; VINCENT, Jean-Didier. **O que é o ser humano?**..., p. 9.

¹¹⁰⁹ Nesse sentido, por exemplo, no Código de Ética Médica brasileiro consta expressamente: "CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade; [...]" CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**...

¹¹¹⁰ Nesse sentido, o parágrafo único do art. 41: "*Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal*".

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009...

¹¹¹¹ Art. 46º, item 2, já citado.

A adesão a essas normas decorre do reconhecimento de que estão de acordo com valores morais e, por isso, devem ser observadas. Pode-se ver aqui uma adesão primeira, motivada pela consideração a esses valores adotados pelos códigos deontológicos. A imposição decorre mais dessa adesão interna do que de uma força coercitiva.

Há, porém, que se reconhecer a necessidade de previsão de sanções direcionadas a impor o cumprimento.

A força coercitiva do direito é concepção decorrente do positivismo jurídico, que reconhece a coerção como objeto das normas jurídicas¹¹¹².

A partir do momento em que é incluído dentro de um determinado ordenamento um novo instrumento, é necessário que lhe imponham sua observância.

A lei portuguesa determina a obrigação aos profissionais da saúde, de respeito ao conteúdo da diretiva existente, ressaltando apenas os casos de revogação e caducidade aos quais já se referiu (art. 6º, itens 1 e 2).

Estabelecer no ordenamento jurídico mecanismos que permitam o controle, quando violada alguma regra que lhe aplique, ou que seja utilizado de forma abusiva, são instrumentos com vistas à garantia de efetividade.

Sanções são uma forma de coerção legal. A imposição de sanções, para os casos de descumprimento, é uma forma de garantia de atendimento das diretivas. Elas podem ter caráter administrativo, direcionados aos profissionais da saúde, ou mesmo legais, quando então devem vir estabelecidas em lei própria.

Nesse sentido, prever a consequência e a responsabilização pela não observância ou pelo uso abusivo das diretivas são medidas importantes com vistas a sua garantia.

A responsabilização pelo descumprimento total ou parcial de uma determinada norma pode ocorrer em várias esferas: administrativa, penal ou civil, a depender da natureza da norma que foi violada. Como espaços independentes, poderá haver a responsabilização em uma ou mais dessas áreas. Outrossim, considerando que os

¹¹¹² Bobbio, ao tratar da teoria da coerção, identifica uma corrente clássica e uma moderna. Refere o autor: “para a teoria clássica, a coerção é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente; para a teoria moderna, a coerção é o objeto das normas jurídicas ou, em outros termos, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa. [...] Podemos, todavia, dizer que em alguns autores contemporâneos a doutrina da coerção como objeto do direito é clara e conscientemente formulada. É enunciada, por exemplo, por Kelsen, que considera a sanção não mais como um meio para a realização de uma norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p.155.

elementos a serem analisados em cada esfera são diversos, a responsabilização em uma das esferas não implica, necessariamente, na responsabilização nas demais¹¹¹³.

Nas esferas penais e administrativas, o profissional poderá responder independente de provocação por parte de quem se sentir lesado.

Para fins de aplicação de punição, contudo, tanto a conduta como a respectiva penalidade deverão estar previstas de forma antecipada, em atenção aos princípios constitucionais maiores. A exigência de tipificação prévia e da individualização da penalidade também se direcionam às sanções ético-administrativas¹¹¹⁴.

Pela quebra de um dever ético é possível, pois, que sejam estabelecidas penalidades, funcionando como um sistema de coerção, conduzindo para o cumprimento da norma estabelecida. As sanções são restritas ao âmbito administrativo e aplicadas pelos Conselhos de classe a que estiverem ligados os profissionais. Exigem que seja estabelecido um procedimento próprio para apuração dos fatos.

Assim, ao determinar como obrigação do médico o atendimento de uma DA, com a previsão de que o não cumprimento implica em infração, pode o profissional responder pela sua atuação.

Na esfera administrativa, as sanções previstas giram em torno de penalidades menos graves como, por exemplo, advertências, até possibilidade de penalidades mais graves como é o caso, por exemplo, da cassação do exercício profissional¹¹¹⁵.

¹¹¹³ Nesse sentido ver BARROS JUNIOR, Edimilson de Almeida. A inconstitucionalidade das sanções ético-disciplinares aplicadas pelos Conselhos de Medicina. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza – CE. *Anais eletrônicos...* 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3013.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹¹¹⁴ No Brasil, as penalidades não estão correlacionadas com o descumprimento das obrigações estabelecidas, gerando debates sobre a constitucionalidade. Nesse sentido refere: “Ocorre que, na área ético-disciplinar da Medicina, se tem a Lei 3268/57 que prevê as cinco penalidades éticas, sem especificar a que infrações ético-disciplinares cada pena se aplica. Por sua vez, o Código de Ética vigente somente prevê as condutas proibidas, omitindo-se também em determinar as penas (da Lei 3268/57) que serão aplicadas para cada ilícito ético cometido”. O autor debate a forma de estabelecer as penalidades, propondo uma imediata revisão do Código de Ética Médica brasileiro. Prossegue o autor: “Antes de tudo, é exigência de uma boa ordem jurídica que se prevejam com amplitude as possíveis infrações ético-disciplinares e, se fixem com precisão, as sanções correspondentes, acomodando-se ao princípio que condiciona a configuração e a punibilidade de cada delito específico”. BARROS JUNIOR, Edimilson de Almeida. A inconstitucionalidade...

¹¹¹⁵ Nesse sentido, por exemplo, a situação brasileira: “As sanções disciplinares do médico estão previstas no artigo 22 da Lei 3268, de 30 de setembro de 1957. Começam com a advertência confidencial em aviso reservado; passam para a censura ainda confidencial em aviso reservado; depois uma censura pública em publicação oficial; uma suspensão do exercício profissional por até 30 dias e finalmente a mais grave, que é a cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal”. NALINI, José Renato. Responsabilidade ético-disciplinar do médico: suspensão e cassação do exercício profissional. In: ENCONTRO DOS CRMs DAS REGIÕES SUL E SUDESTE, 12., 2010. Disponível em:

Considerando que o cumprimento de uma DA tem como destinatário final o profissional da saúde que conduzirá o atendimento do paciente, a responsabilização ética com aplicação de sanções pelo não cumprimento, na esfera administrativa, é a que se mostra mais eficaz.

Como está sujeita a um procedimento próprio para apuração dos fatos, deverão ser analisadas todas as circunstâncias, bastante específicas quando se trata de uma diretiva antecipada de vontade, pois há que se analisar a sua validade/invalidade, verificar se ocorreu a condição suspensiva estabelecida e se as solicitações encontram-se eficazes, lembrando que podem ter sido revogadas ou mesmo terem caducado frente a circunstâncias concretas do caso.

Há que considerar as muitas peculiaridades e os resultados, em grande parte imprevisíveis, que estão presentes quando se tratam de situações de fim de vida. Não é demais lembrar que o resultado morte, nessas situações limites, tem como fator preponderante questões de ordem natural. Ou seja, o processo de morte encontra-se instalado, podendo levar mais ou menos tempo, e ser muito ou pouco doloroso. Desta forma, não é o resultado final o que irá determinar a imposição ou não da penalidade, mas o devido ou indevido cumprimento de uma diretiva.

Salienta-se que essa esfera administrativa apenas atingiria os profissionais da saúde, que deliberadamente não atendessem a uma determinação, sem prejuízo de responder em outras esferas, criminais ou cíveis.

De qualquer sorte, o dever de cumprimento de uma DA, pelo reconhecimento de que se trata de uma conduta ética a ser exercida, estende-se também aos familiares do paciente. Uma vez realizada uma diretiva por parte de algum membro da família, o atendimento das solicitações que forem expostas decorre de uma imposição moral. Não cabe ao familiar discutir, se opor, ou pretender agir de acordo com os seus próprios valores, contrários a vontade do paciente, ainda que possa entender que era o melhor para ele.

A diretiva representa um valor maior de respeito a autonomia do paciente e, desta forma, conduz ao atendimento de todas as suas diretrizes válidas.

A responsabilidade, na esfera penal, naturalmente que exige a tipificação de um delito, com a respectiva penalidade aplicada, o que parece demasiado diante das situações e consequências diversas que se está a tratar.

Muitos são os delitos previstos nos ordenamentos jurídicos aplicados aos profissionais da área médica, como, por exemplo, a omissão de socorro. Assim, dentro dos delitos previstos, se houver o enquadramento, o profissional irá responder. Pode-se, por exemplo, pensar na hipótese de ausência de uma diretiva, e na omissão de atendimento do paciente, porque o médico supõe que ele não gostaria de se ver naquela situação. Relembra-se que a recusa de tratamento é ato personalíssimo do paciente, não cabendo ao médico supor o que ele gostaria ou não.

De resto, como negócios jurídicos que ingressaram nos ordenamentos jurídicos, o descumprimento de um ato válido ou o cumprimento de um inválido, de que já se falou no item 5.4.5.1, pode gerar o dever de indenizar a quem restou prejudicado pela não observância.

Na área civil faz-se necessária a provocação pelo paciente ou seus familiares. O profissional médico responderá se comprovada a conduta ilícita ou indevida, a existência de algum dano e o nexo entre essa conduta e o dano gerado.

Como já se falou acima, há uma situação especial envolvida no caso das diretivas antecipadas, porquanto, a situação de dano ou não dependerá, em muito, do resultado.

Considerando que se trata de um negócio jurídico personalíssimo, o dano decorrente do descumprimento e/ou do cumprimento abusivo de uma diretriz também diz respeito a essa pessoa. Assim, a legitimidade para demandar contra o profissional médico é desse paciente, podendo em alguns casos se estender aos sucessores.

O próprio paciente poderá ingressar com uma ação se, por exemplo, uma diretiva de recusa de tratamento não for cumprida e a pessoa tiver uma sobrevida considerável. O dano, contudo, poderá ser exatamente o fato de ter essa sobrevida, que não era querida ou é degradante para a pessoa.

Considerando as muitas variáveis que estão envolvidas nessas situações de fim de vida, e os diversos resultados possíveis, fica claro que as situações apenas poderão ser analisadas no caso concreto.

A imposição legal com o estabelecimento de sanções, em especial de caráter ético-administrativo, é uma maneira de garantir que a diretiva realizada por uma pessoa

produzirá os efeitos pretendidos, qual seja, o atendimento da vontade, expressa na diretiva.

5.5.2 A garantia decorrente de imposição judicial

Na lógica atual imposta nas sociedades democráticas e plurais, não há que impor padrão de comportamento como meio de facilitar a atuação estatal. Por isso mesmo, o ente público deve estabelecer mecanismos que permitam as mais diversas manifestações, limitadas apenas pelo direito do terceiro e pelo interesse social relevante.

A adoção de instrumentos de declaração prévia da vontade relativa aos cuidados de fim de vida atende a essa exigência e impõe o dever ético de serem recepcionadas e aceitas pelos profissionais da saúde.

O Poder Judiciário atua como garantidor do cumprimento dos negócios jurídicos, por meio de mecanismos de coerção. Assim, diante da negativa de cumprimento das disposições estabelecidas pelo paciente, é possível que se socorra de medidas judiciais com vistas a esse cumprimento.

Na hipótese de existência de norma jurídica própria, a incidência desta sobre o fato concreto ocorre pelo regime da subsunção. Assim, não havendo o devido cumprimento, a imposição judicial se dará mediante a aplicação da norma ao fato. Já o fato ao qual a sociedade dá valor legítimo e para o qual não há norma explícita, ou nela existam lacunas, cabe ao aplicador da lei fazer a integração¹¹¹⁶. Qual seja, toma o fato e, por analogia e aplicação de princípios gerais do direito, cria a norma concreta para ele. Se o fato não atenta contra o direito, aos bons costumes e, no caso, à arte médica, cabe ao juiz fazer a integração, reconhecendo o ato de manifestação de vontade como juridicamente válido, eficaz e que assim deve ser executado.

¹¹¹⁶ Conforme leciona Mello, não há como os ordenamentos jurídicos preverem todas as situações da vida social que tenham um conteúdo jurídico. Daí porque, necessário reconhecer que existem mais normas vigentes do que aquelas que constam de documentos legislativos, sendo necessário revelar o conteúdo dessas, para preencher os vazios deixados pela legislação. Essa atividade é atribuída ao intérprete da lei. Refere o autor: “Essa atividade reveladora de normas jurídicas com a finalidade de integrar as lacunas do ordenamento jurídico não é, nem pode ser considerada, em face dos dogmas do positivismo, uma atuação legislativa. O que ocorre, na verdade, é que o intérprete (geralmente o juiz) na solução dos casos, tomando como fundamento os princípios que norteiam o sistema jurídico, extrai norma que torna específico aquele princípio. Assim, não há criação de norma nova, mas, apenas, revelação de normas que existem de modo não expresso, implícito, no sistema jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p. 59.

Larenz reconhece que o desenvolvimento do direito é atribuído aos tribunais, sempre que a lei contenha lacunas¹¹¹⁷. Identifica lacunas normativas, no caso da norma particular estar incompleta, e lacunas de regulamentação, quando determinadas questões que deveriam ser disciplinadas não foram¹¹¹⁸.

Desta forma, mesmo no Brasil, país no qual não há disciplina normativa expressa que preveja a existência de documentos desse porte, mas apenas regulamentação do CFM, em reconhecimento aos princípios constitucionais desenvolvidos ao longo dessa tese, essas manifestações devem ser recepcionadas.

A diretiva que preencha os requisitos gerais direcionados aos negócios jurídicos deve ser acolhida como documento válido no ordenamento jurídico brasileiro, conferindo-lhe efeitos práticos, qual seja de sua sobreposição sobre decisões de terceiros e de responsabilização pelo desatendimento da diretiva que gere danos à vida e à saúde do paciente.

Nestes termos, o poder judiciário surge como um garantidor do cumprimento da diretiva, baseado nos fundamentos constitucionais que direcionam para direitos de liberdade e de autonomia, e nas demais normas que tenham sido adotadas.

Assim, havendo uma manifestação expressa de vontade sobre cuidados de saúde que a pessoa pretenda que seja ou não aplicada, a depender da situação clínica em que

¹¹¹⁷ Cabe ressaltar que o autor diferencia «lacuna» e «silêncio da lei», considera necessário estabelecer claramente o conceito de lacuna para, conforme refere “delimitar «incongruências» das leis que podem legitimar os juízes – de modo conforme a lei - face a «erros de política legislativa», cujo afastamento é em geral reservado ao legislador, como para a distinção entre um desenvolvimento do Direito «imaneente à lei» e um desenvolvimento do Direito «superador da lei», só excepcionalmente admissível. A faculdade de preenchimento de «lacunas» resulta directamente do mandato do juiz de aplicar a lei em conformidade com o seu sentido e escopo”.

Na sequência, o autor faz a diferença das lacunas da lei e a lacuna do direito, as quais se referem a incompletude da ordem jurídica, que “não contém um instituto jurídico que deva conter, atendendo a uma necessidade imprescindível do tráfico ou a um princípio jurídico afirmado pela consciência jurídica geral”. Para o autor, quando essa falta é uma decisão consciente do legislador, não há lacuna alguma a ser integrada. Cfr. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pp. 525 e 533.

¹¹¹⁸ Refere o autor: “Na maioria dos casos em que falamos de uma lacuna da lei não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: esta não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. A estas lacunas – trata-se quase sempre das denominadas por ZITELMANN de lacunas «inautênticas» - qualificamo-las de «lacunas de regulação». Não se trata de que aqui a lei, se quiser aplicar sem uma complementação, não possibilite uma resposta em absoluto; a resposta teria de ser que justamente a questão não está regulada e que, por isso, a situação de facto correspondente fica sem consequência jurídica. Mas uma tal resposta, dada pelo juiz, haveria de significar uma denegação de justiça, se se tratar de uma questão que caia no âmbito da regulação jurídica intentada pela lei e não seja de atribuir, por exemplo, ao espaço livre do Direito. Por isso, para chegar a uma resolução juridicamente satisfatória o juiz precisa de preencher a lacuna da regulamentação legal, e por certo, em concordância com a intenção reguladora a ela subjacente e com a teleologia da lei”. LARENZ, Karl. **Metodologia...**, p. 528.

se encontre, esta se sobrepõe às decisões ou argumentos de terceiros, sejam parentes (próximos ou não) ou profissionais de saúde.

Para isso, importante que o documento seja bem compreendido, como meio de expressão da autonomia pessoal, e para o fato de que suas cláusulas não podem afrontar à lei, aos costumes e à prática médica.

Necessário também que fique claro que são determinações direcionadas para os períodos finais de vida, quando o quadro clínico apontado mostra-se irreversível e, em geral, no período de doença grave, incurável, em fase adiantada ou terminal.

Estando as cláusulas dentro dos consensos éticos atuais e não afrontando a lei, acolhidos no meio médico e também social, a prevalência deve ser pelo cumprimento dessas manifestações.

Diante do reconhecimento da juridicidade desses documentos, nos países que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, com ou sem lei própria sobre o tema, em disputas judiciais a solução deve ser pela determinação de observância das diretivas válidas.

Sem dúvidas que a disciplina normativa de documentos dessa natureza e importância permite uma melhor regulamentação e particularização de situações, como se verificou no caso da expressa lei portuguesa, que perpassa questões de validade, eficácia, revogação, confidencialidade, etc.

O Poder Judiciário, na sua função interpretativa, deve aplicar as normas explícitas existentes, suprimindo lacunas do ordenamento jurídico.

As regras de interpretação e integração dos negócios jurídicos em geral servem como um direcionamento, do que já se falou no item 5.4.2 dessa tese. Nesse sentido, tanto as regras dispostas no Código Civil português como no brasileiro direcionam para a prevalência da vontade real do declarante.

Em se tratando de diretivas antecipadas de vontade, nesse trabalho de interpretação, com mais razão, deve-se buscar preservar sempre a vontade do declarante. Assim, toda a manifestação deve ser aproveitada e adequada à vontade maior do paciente. Se, por exemplo, houver divergências entre os tratamentos elencados, mas ficando claro o direcionamento pela recusa de tratamentos fúteis, a interpretação deve direcionar para esse caminho. Se, ao contrário, ficar evidente que o paciente pretendia todas as formas de tratamento disponíveis e, ainda assim, assinalar

alguma recusa, a interpretação deve buscar resgatar a vontade maior, no caso de manutenção dos tratamentos.

Ao tratar da eficácia, já se falou dos riscos envolvidos nas situações clínicas para as quais as diretivas têm sua aplicação. Nesses termos, também a interpretação deve levar em conta o melhor interesse do declarante. O Código Civil português apresenta regra de interpretação que se aplica à situação. Para os casos de dúvida, estabelece o art. 237º que nos negócios gratuitos prevalece a interpretação menos gravosa para o disponente.

Assim, se da leitura das disposições não for possível ter-se por claro o direcionamento do declarante, a interpretação deve direcionar-se para o que trazer o melhor benefício. Considerando os bens fundamentais que são objetos dessa diretiva, a interpretação mais benéfica direciona-se para a manutenção dos tratamentos.

Sabe-se que, na prática, a manutenção dos tratamentos pode causar mais dor e sofrimento, mas são também a forma de manter a vida do paciente, de forma a permitir até mesmo o tempo necessário para adequar as diretivas. Considerando que a suspensão dos tratamentos pode conduzir à morte, que pode ser iminente e, desta forma, situação irreversível, sempre que houver dúvida na vontade expressa entre a manutenção ou a recusa, deve prevalecer a defesa da manutenção da vida.

5.5.3 A quem se reconhece a qualidade de garantidor do cumprimento de uma diretiva

Não há como se olvidar que as diretivas são direcionadas para o momento em que o paciente já não dispõe mais de condições físicas e/ou mentais para impor sua decisão com relação aos cuidados de saúde que pretende ou não. Se assim fosse, seria desnecessária a manifestação prévia.

Cabe questionar quem pode ser considerado o garantidor dessa manifestação.

Quando há a indicação de um procurador para decisões de cuidados de saúde, este deve ser reconhecido, também, como o responsável por fazer valer essa manifestação. Ressalta-se que a indicação do representante pode ocorrer no mesmo documento em que forem traçadas as diretrizes de tratamento, ou em documentos separados. Ainda assim, esse representante tem, além das atribuições de integrar as diretrizes apontadas, ou mesmo tomar decisões nos casos omissos, também a obrigação de cuidar para que elas sejam observadas.

Caso as diretivas se limitem apenas a indicação de um procurador, este deve impor as suas decisões, que pelas circunstâncias refletem a vontade do declarante, ou seja, assegurar que suas decisões em matéria de cuidados de saúde se sob repõem as dos familiares, por exemplo.

Tem assim, legitimidade, inclusive para as medidas judiciais necessárias, com vistas a assegurar que a vontade do paciente seja observada.

Desta forma, a indicação de um procurador para cuidados de saúde serve como uma medida que para além de permitir a melhor adaptação da diretiva de acordo com a situação concreta em que se encontra o paciente, também tem nessa figura um garantidor do seu cumprimento. Essa defesa do cumprimento das diretivas decorre dos próprios poderes que lhe foram atribuídos.

Contudo, na inexistência dessa figura, a legitimidade de defesa do documento transfere-se para os familiares do paciente, seguindo-se a mesma lógica de que a eles é atribuída a decisão. Não sem riscos, na medida em que a divergência com as diretrizes expostas pode vir deles próprios.

Uma solução seria ter como concorrente a legitimidade dos parentes e da instituição de saúde, de forma a permitir que, se a divergência é entre eles, aquele que pretende ver a vontade do paciente atendida possa ter legitimidade para impô-la, ingressando com ação judicial para esse fim se for necessário.

As DA's não devem ser utilizadas para a prática de uma medicina defensiva. Não se desconhecem os riscos envolvidos quando não há convergência entre as decisões, em especial porque no meio médico sempre se está voltado para situações de potencial risco.

Salienta-se, contudo, o dever ético/moral do profissional da saúde, que tendo conhecimento de uma diretiva, em especial quando seus termos decorrem de deliberações prévias conjuntas, deve empreender esforços para o seu cumprimento.

Em não havendo divergências, e mesmo na hipótese de inexistência de familiares próximos, o profissional médico que tenha conhecimento da diretiva deve cumpri-la. Aqui, contudo, sua obrigação decorre do dever ético e legal de que acima se falou.

Por fim, na inexistência de garantidor dessas manifestações, deve-se reconhecer legitimidade ao Ministério Público, órgão encarregado de defesa da sociedade, e a quem já é reconhecida a legitimidade para defesa de direitos de cidadãos desamparados.

Para uma diretiva desencadear os seus efeitos, é necessário que uma das situações clínicas previstas tenha ocorrido e a pessoa não esteja mais em condições de manifestar sua vontade de forma direta. Tem-se, portanto, uma incapacidade, ainda que possa ser temporária. A legitimidade do Ministério Público apresenta-se direcionada ao atendimento das pessoas incapazes.

Analisando-se, por exemplo, a legislação brasileira¹¹¹⁹, verifica-se que é possível conceder a legitimidade a esse órgão, inclusive para o ingresso de ação própria, muito embora se reconheça que estaria atuando em defesa de um interesse particular. Ressalta-se que há previsão legal para o ingresso de ação, quando autorizado por lei¹¹²⁰. Nesse passo, há disposição expressa no Código de Processo Civil, por exemplo, para o ingresso do pedido de curatela, quando as demais pessoas autorizadas não ingressarem com o pedido previamente^{1121 1122}.

¹¹¹⁹ Também em Portugal, o Ministério Público representa o Estado e defende os interesses que a lei determinar, conforme disposto no art. 219^a/1 da Constituição da República Portuguesa. Na sequência, o Estatuto do Ministério Público/EMP atribui competência para representar os incapazes (art. 1^o e art. 3^o/1/a). Nesse sentido:

Artigo 1^o - Definição - O Ministério Público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da lei.

[...]

Artigo 3^o - Competência - 1 - Compete, especialmente, ao Ministério Público: a) Representar o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta; b) ...

PORTUGAL. Ministério Público. **Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro**. Estatuto do Ministério Público (versão actualizada). Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.pt/iframe/estatuto-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹¹²⁰ Nesse sentido a previsão do art. 81 do CPC anterior, reiterado no art. 177 do atual CPC brasileiro:

Art. 81. O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.

Art. 177. O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais.

GRUPO DE PESQUISA DO PROF. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. **Quadro comparativo entre o CPC/1973 e o CPC/2015**. 2.a versão, revista e atualizada (19.03.2015). Disponível em:

<<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Quadro-comparativo-CPC-1973-x-CPC-2015.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

¹¹²¹ Nesse sentido: “Deixou por último a legitimidade do Ministério Público quando as pessoas elencadas anteriormente não existirem ou se existirem não se dignarem propor a ação ou sejam igualmente incapazes. O Ministério Público também atuará como fiscal da ordem jurídica de acordo com o § 1^o do artigo 752 do NCP, sendo que na vigência do CPC /73 ao Ministério Público era conferida a condição de representante do interditando a não ser nos casos em que atuava como requerente da ação (artigo 1182, §1^o CPC /73). Igualmente, poderia propor a ação em casos de anomalia psíquica. Pelo NCP poder-se-ia propor a ação apenas em caso de doença mental grave, não especificando, no entanto, quais seriam essas doenças que provavelmente serão objeto de enquadramento doutrinário.

QUINTILIANO, Marcia Regina; VECCHI, Sabah Fachin de. **A interdição no novo Código de Processo Civil**. 2016. Disponível em: <<https://marciaquinti22.jusbrasil.com.br/artigos/268653395/a-interdicao-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

De toda sorte, há sempre a previsão da intervenção do Ministério Público como uma espécie de curador à lide no caso de haver interesse de incapazes. Nesse sentido, o CPC brasileiro prevê como necessária intervenção ministerial nos processos de interesse do incapaz¹¹²³ ¹¹²⁴, reforçada a necessidade de intervenção quando se tratam de ações de família¹¹²⁵.

A atuação é na condição de fiscal da lei, de forma que se discute se pode ou não atuar contra os interesses do incapaz. No espírito da lei, contudo, sobressai a sua atuação como um curador dos incapazes, na necessidade de ser conferida maior proteção diante da presunção de hipossuficiência destes.

Fica certo, porém, que também na sua intervenção em eventual disputa judicial com relação ao cumprimento ou não da diretiva, sua atuação deve ser no sentido de defesa dos direitos do incapaz que se voltam para o respeito a sua vontade e o cumprimento de suas determinações.

O mesmo órgão deve atuar na defesa das regras constitucionais, que direcionam igualmente para a defesa do cumprimento das disposições antecipadas de cuidados de saúde, em respeito aos direitos fundamentais de liberdade, autonomia e fim de vida digno.

¹¹²² Embora a atualidade da regra contida no Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor em março do ano de 2015, este encontra-se desatualizado na sua terminologia, frente as novas regras do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que procurou evitar os termos «incapacidade» e «interdição». A legitimidade para o ingresso da ação, contudo, segue a previsão no CPC/15, nos seus arts. 747, inciso e 748.

Art. 747. A interdição pode ser promovida: I – pelo cônjuge ou companheiro; II – pelos parentes ou tutores; III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV – pelo Ministério Público.

Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I – se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.

GRUPO DE PESQUISA DO PROF. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. **Quadro comparativo...**

¹¹²³ O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I- [...] II – interesse de incapaz; III – [...]

GRUPO DE PESQUISA DO PROF. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. **Quadro comparativo...**

¹¹²⁴ O anterior Código de Processo que esteve em vigência até o início do ano de 2015, também disciplinava que a necessária intervenção do órgão em processos com interesses de incapazes. Nesse sentido:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II – interesse de incapaz; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III – [...]

GRUPO DE PESQUISA DO PROF. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. **Quadro comparativo...**

¹¹²⁵ Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

GRUPO DE PESQUISA DO PROF. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. **Quadro comparativo...**

A defesa desse novo instrumento é do interesse social, uma vez que é importante para a promoção dos direitos fundamentais da pessoa.

5.6 A importância das diretivas antecipadas para promoção dos direitos fundamentais da pessoa

O uso das diretivas pode ser bastante limitado pelas dificuldades envolvidas na sua elaboração, pelas polêmicas que envolvem as situações críticas de fim de vida ou mesmo pela possibilidade de não virem a ter nenhuma eficácia (inexistência das situações clínicas previstas, impossibilidade de aplicação dos procedimentos previstos, etc.).

Ainda assim, são instrumentos relevantes que permitem o exercício da autonomia pessoal, comportando decisões da esfera mais íntima da pessoa, emitidas a partir dos valores desenvolvidos ao longo da vida. Sua inexistência pode acarretar graves prejuízos à dignidade da pessoa, com a imposição de tratamentos médicos desnecessários e sem resultado.

Apenas as pessoas maiores e capazes podem elaborar declarações de vontade para o momento em que não puderem mais se manifestar. Ou seja, embora se trate de documento direcionado para momento de incapacidade, somente estará disponível para pessoas que tenham adquirido a capacidade para a realização do negócio jurídico. Antecipa-se o exercício da autonomia individual estabelecendo diretrizes de tratamento para as situações nas quais não poderá exercitar essa autonomia diretamente.

É um documento que serve para referendar os direitos que são conferidos a todas as pessoas, relativos em especial à vida digna, à liberdade e à autonomia.

Ao reconhecer como importante instrumento dos Estados democráticos, Santos conclui que *“as DA fazem parte das conquistas de direitos que conduzem ao empowerment dos cidadãos, sobretudo quando doentes”*¹¹²⁶.

Está ligada à constatação de que a pessoa tem o direito a um fim de vida com a mesma dignidade que lhe é reconhecida durante toda a sua existência. Isso porque a manutenção da autonomia é um dos expoentes maiores de percepção de qualidade de vida.

¹¹²⁶ Cfr. SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento...**, p. 207.

Uma das críticas direcionadas diz respeito ao fato de que esse caminho poderia conduzir ao reconhecimento de um «direito à morte», o que se opõe a toda sistemática dos direitos fundamentais que tem no direito à vida o seu suporte, pois dele decorrem todos os demais direitos reconhecidos.

A utilização desse conceito de direito à morte é equivocada. Não se defende o direito de morrer, mas se reconhece a morte como a etapa final da vida.

Jones admite que *“ter que morrer liga-se ao ter nascido: mortalidade é apenas o outro lado da fonte duradoura da natalidade”*. Diz o autor que o que antes era natural, agora é repensado como se a morte fosse decisão da própria pessoa¹¹²⁷.

Ao reconhecer a morte como uma etapa natural, mecanismos que garantam dignidade durante o processo final de vida reforçam a finalidade dos direitos fundamentais do homem, quais sejam direitos que o Estado tem o dever de garantir e promover.

Repisa-se que sustentar um direito a um fim de vida digno é diferente da defesa de um direito à morte. No tratamento eticamente responsável da ciência, a morte deve ser vista como natural e inevitável¹¹²⁸.

Como refere Leitão, *“uma morte digna e sem sofrimento constitui um desejo legítimo de todo o ser humano”*¹¹²⁹.

Como analisado no capítulo terceiro desta tese, os direitos fundamentais devem ter uma leitura conjunta. Desta forma, a defesa irracional do direito à vida é em verdade uma afronta a esse próprio direito, porque imporia uma vida indigna e de sofrimento. Igualmente, a sobreposição de um conceito religioso do profissional da saúde sobre o do paciente, por exemplo, afrontaria o direito à liberdade deste e uma vida sem liberdade não confere a dignidade que lhe é devida.

Pela pesquisa realizada, constatou-se que esses consensos éticos que foram sendo elaborados em termos de fim de vida, encaminhando para o reconhecimento da autonomia do paciente, direito que explica e realiza a dignidade da pessoa humana, não estão em afronta ao direito à vida, mas a sua reafirmação como um direito à vida digna.

¹¹²⁷ Ao tratar das alterações impostas pela tecnologia, que para o autor exigem uma ressignificação da ética prática, faz referências ao prolongamento da vida e aos novos questionamentos decorrentes dessa realidade. JONAS, Hans. **O princípio...**, p. 57.

¹¹²⁸ Cfr. PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade...**, p. 48.

¹¹²⁹ Cfr. LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Eutanásia e testamentos vitais: live and let die?. In: CORDEIRO, António M. (Coord.). **Estudos em homenagem ao centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 724.

O direito à vida compreende, em verdade, um direito à vida «digna» que somente é atingido se conferido à pessoa liberdade para o seu desenvolvimento, para o exercício de suas crenças e poder de agir de acordo com estas.

O princípio de respeito pela autonomia do paciente, que vem sendo desenvolvido e aplicado na área médica, direciona também para o acolhimento das decisões de recusa de tratamentos.

O direito de recusar um determinado tratamento tem sua origem na teoria do consentimento informado. Ao reconhecer, em respeito à autonomia pessoal, que todo o tratamento deve ser consentido pelo paciente, impõe-se também ao médico acatar decisão de não consentir. Assim, o direito de opor-se a um tratamento é o outro lado do direito de consentir¹¹³⁰.

As situações de fim de vida para as quais se destinam as diretivas não se apresentam sempre lineares e de forma clara. Por vezes, as decisões tomadas se apresentam nebulosas e os limites muito tênues. Não por outro motivo que, quando se discute recusa ou suspensão de tratamentos, inevitavelmente inclui-se debate a respeito da eutanásia e suicídio medicamente assistido.

As decisões sobre limitações de tratamento são complexas e dizem respeito não só a questões técnicas, mas também a dilemas/problemas éticos. O que é melhor para o paciente nem sempre se apresenta de forma linear. Devem ser considerados fatores relativos às questões médicas como a análise do quadro clínico e às direcionadas aos valores do paciente, como suas crenças culturais sobre a vida e sobre a morte.

Como refere Jones, a possibilidade de extensão da vida corpórea direciona o questionamento para o quanto isso é o ideal¹¹³¹. Encontramo-nos no paradoxo entre a

¹¹³⁰ Nesse sentido, ao analisar as decisões do Supremo Tribunal Americano, Abeja aponta a sequência: “El derecho a rechazar un tratamiento médico tiene su origen en la doctrina del consentimiento informado. A su vez, el derecho al *informed consent* tiene su asidero en ciertos principios del *Common Law*: Inicialmente, en la integridad física y, más adelante, en el derecho a la *self-determination* (comprensivo del anterior en tanto que se proyecta sobre el propio cuerpo). En efecto, el Tribunal Supremo afirmó, en la sentencia *Cruzan v. Director* (1990), que el derecho a oponerse a un tratamiento es “la otra cara” del derecho a consentirlo”. (Livre tradução: “O direito de recusar um tratamento médico tem sua origem na doutrina do consentimento informado. Por sua vez, o direito ao consentimento informado tem a sua base em certos princípios do direito comum: Inicialmente, na integridade física e, mais tarde, no direito a autodeterminação (compreende o anterior na medida em que se projeta sobre o próprio corpo). Na verdade, o Supremo Tribunal afirmou, na sentença *Cruzan x Director* (1990), que o direito de recusar um tratamento é o “outro lado” do direito de consenti-lo”). ABEJA, Laura Gómez. **El derecho a rechazar el tratamiento médico**. Valência: Tirant Lo Branch, 2014. p. 143.

¹¹³¹ Refere o autor: “Hoje, porém, certos progressos na biologia celular nos acenam com a perspectiva de atuar sobre os processos bioquímicos de envelhecimento, ampliando a duração da vida humana, talvez indefinidamente. A morte não parece mais ser uma necessidade pertinente à natureza do vivente, mas uma falha orgânica evitável; suscetível, pelo menos, de ser um princípio tratável e adiável por longo

possibilidade de manutenção da existência e ter que decidir até que momento esse prolongamento é a melhor opção.

Não restam dúvidas de que a melhor medida para essa decisão são os valores pessoais do paciente. Somente a própria pessoa pode identificar a medida de sua dignidade. O sistema de crenças identificado na bioética complexa adquire relevância na tomada de decisão. São questões relativas às crenças e valores, vontades e desejos que permitiram, diante das questões técnicas apresentadas, identificar até onde o paciente está disposto a se submeter.

Nenhum valor da equipe médica ou de familiares pode se sobrepor a essa decisão. É a própria pessoa que sabe a medida a partir da qual a luta pela sobrevivência passa a ser sem sentido, irracional. É desta forma que, o consentimento que tenha uma base dos esclarecimentos sobre a situação clínica e as opções de tratamento, expressados de forma livre, ganha especial relevância nas questões de fim de vida.

As diretivas, por sua vez, são a projeção desse consentimento. É um consentimento prévio, que permite manter a autonomia pessoal, mesmo quando não possa se expressar diretamente.

É importante referir que as diretivas antecipadas não são imperiosas, ou seja, a sua falta não necessariamente imporá um final de vida com sofrimento. O encaminhamento das decisões, em especial em instituições hospitalares de alta complexidade, que convivem com um grande número de situações difíceis, tem sido pela adequação terapêutica. Nos casos de doenças com quadro comprovadamente irreversível, e constatado que o paciente se encontra em fase terminal, a opção de cuidados paliativos tem sido apresentada pelos médicos e acolhida pelos pacientes que podem se manifestar ou pelos familiares quando cabe a eles a decisão.

Ressalta-se que a atenção ao paciente permanece, muito embora se limitem os tratamentos invasivos e fúteis. A adequação terapêutica respeita o princípio da dignidade humana, pois mantém a prestação de assistência médica no final de vida, por meio do dever de cuidado e de oferta de terapias proporcionais e razoáveis, com respeito à autonomia pessoal¹¹³².

tempo. Um desejo eterno da humanidade parece aproximar-se de sua realização. Pela primeira vez temos de nos pôr seriamente a questão: “Quão desejável é isto? Quão desejável para o indivíduo e para a espécie? “Tais questões tangenciam nada menos do que todo o sentido de nossa finitude, a postura diante da morte e o significado biológico geral do equilíbrio entre morte e procriação”. JONAS, Hans. **O princípio...**, p. 59.

¹¹³² Cfr. PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade...**, p. 77.

As diretivas, porém, representariam a segurança aos profissionais e aos familiares que esse encaminhamento está de acordo com as suas convicções e preferências e, ao declarante, o reconhecimento de que decisões dessa natureza somente cabem a ele e que serão respeitadas.

Importante que dentre esse reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais, na perspectiva aqui delineada, também as legislações dos Estados de Direito fossem adequadas como forma de assegurar o respeito a essas decisões referentes aos cuidados de saúde, manifestadas de forma direta ou previamente.

A leitura da legislação posta, em especial em seus conceitos abertos, deve ser dirigida à adequação às novas realidades instituídas pela utilização das tecnologias médico-científicas. As disposições legais devem ser interpretadas dentro das novas realidades médicas como, por exemplo, reconhecer que limitações de tratamentos, quando reconhecidamente fúteis, não ferem o dever de assistência médica, quanto mais se a decisão parte do próprio paciente, conferindo-se relevância ao consentimento qualificado deste.

Acima de tudo, considerar as diretivas como um instrumento viável que, quando bem utilizado, confere a possibilidade do exercício da autonomia pessoal.

NOTAS CONCLUSIVAS PARTE II

Capítulo quarto

1. Ingressam no plano jurídico os fatos aos quais é reconhecido valor social. A valoração social do fato é, pois, o fundamento da norma.

As diretivas antecipadas de cuidados de saúde ingressaram no plano jurídico. A construção de uma dogmática jurídica tem por finalidade conferir validade e eficácia a esses documentos, de forma a facilitar a aplicação do direito. Busca-se a adequação às categorias jurídicas existentes, como forma de estabelecer a sistematização necessária à segurança jurídica desses atos.

2. Os negócios jurídicos se constituem em atos de autonomia privada, e tem na declaração da vontade o elemento primário para sua constituição.

3. Várias teorias tentam explicar o negócio jurídico, ora privilegiando a vontade, assim considerada como elemento psicológico desencadeador do negócio, ora conferindo maior ênfase à declaração, forma de exteriorizar essa vontade.

Tem-se, pois, por certo que o negócio jurídico exige uma declaração de vontade com vistas a obter os efeitos legalmente determinados. Não há, pois, como estabelecer dois elementos distintos: vontade e declaração.

Almeida aponta como necessária para a formação de um negócio jurídico a exigência de um enunciado performativo, qual seja, aquele que realiza alguma coisa. Assim, ainda que do negócio constem vários enunciados assertivos, ao menos um deles deverá ser performativo.

4. O negócio jurídico terá que possuir os elementos constitutivos para poder existir (declaração de vontade e demais elementos essenciais como agente, objeto e forma). Para produzir os efeitos pretendidos, porém, deve atender os requisitos de validade, que dizem respeito às qualidades exigidas por lei que esses elementos devem conter.

Identificam-se, pois, diversos planos interligados pelos quais deve-se analisar um negócio jurídico. Desta forma, somente se poderá falar em negócio válido se ele existir, e somente se falará em negócio eficaz se ele existir e for válido. Por outro lado, o fato de existir não quer dizer que esse negócio será válido. E, o negócio que existe e é válido, ainda assim poderá não chegar a produzir os efeitos pretendidos.

5. As diretivas antecipadas são um negócio jurídico que permite a manifestação prévia dos cuidados de saúde para fim de vida que a pessoa aceita ou recusa, a indicação de valores pessoais que deve ser levada em conta na tomada de decisão ou a nomeação de pessoa que tomará ou integrará essas decisões no lugar do declarante, para produzir efeitos no momento em que a pessoa se encontrar permanentemente incapacitada de manifestar sua vontade.

6. Considerando tratar-se de um ato jurídico *lato sensu*, fundado na autonomia pessoal, classificam-se as DA's como negócio jurídico, *inter vivos*, unilateral, sem conteúdo patrimonial.

Guarda bastante similitude com os testamentos, dada a projeção da eficácia para momento posterior ao da sua elaboração.

7. É um único negócio jurídico, que pode conter várias cláusulas, indicando os cuidados de saúde que a pessoa aceita ou recusa, ou expondo o seu sistema de crenças que direcione a interpretação desses cuidados, ou ainda indicando o representante para decidir, integrar ou interpretar os cuidados que pretende.

8. A terminologia utilizada pela legislação portuguesa é a de «diretivas antecipadas de vontade». O termo simplificado de «diretivas antecipadas» é o mais encontrado.

Tem-se, contudo, que o termo que melhor designaria todas as variáveis do documento seria «diretiva antecipada de tratamento» ou «diretiva antecipada de cuidados de saúde».

Uma diretiva antecipada pode conter dentre suas cláusulas tanto uma diretriz de tratamento como uma indicação de representante, sendo desnecessária a criação de um gênero e subdivisão em espécies. Assim, é desnecessária a utilização de termos para as subespécies como «testamento vital» e o «mandado duradouro».

9. São elementos gerais para a constituição de um negócio jurídico e requisitos de validade o agente capaz, a forma prescrita ou não defesa em lei e o objeto lícito e possível. Esses elementos devem estar presentes nas diretivas antecipadas.

10. Considerando as peculiaridades desse ato, que exige a projeção de vontade para momento futuro e incerto, a exigência de que seja exercido por pessoa maior e capaz é requisito compatível com a sua importância.

11. A forma escrita deve ser observada e exigida, considerando que serve como prova da manifestação da vontade da pessoa, ainda mais que o documento irá produzir seus efeitos no momento em que o declarante não puder mais se manifestar.

Manifestações virtuais que tenham a garantia da autoria e integridade devem ser consideradas como formas similares à escrita.

Outras manifestações, orais, virtuais ou escritas, sem possibilidade de serem conferidos os requisitos mínimos para sua validade, poderão ser consideradas como indicativos da vontade, mas não tem como lhes conferir a segurança dos documentos que observem as regras legais.

12. Exigem objeto lícito e possível, qual seja, indicações de cuidados de saúde para fim de vida dentro dos consensos sociais e das regras legais. Seu conteúdo são as diretrizes que forem indicadas no documento que também deve preencher o requisito de licitude.

Pode-se dizer que a diretiva é o objeto desse ato jurídico; as disposições nele existentes constituem o seu conteúdo.

13. Na sequência de todo o caminho trilhado na relação médico/paciente e dos problemas éticos gerados na utilização de novas terapias e tratamentos, há o encaminhamento para consensos em torno da prática da ortotanásia, qual seja, a morte no tempo certo, sem empreender esforços desmedidos que atentem contra a dignidade da pessoa.

Isso não implica no abandono do paciente, mas no redirecionamento do atendimento que busca a cura, para o atendimento de cuidados paliativos, com correto manejo da dor e sofrimento da pessoa.

14. Debates sobre eutanásia e suicídio assistido não tem vínculo direto com as diretivas antecipadas.

A discussão sobre a antecipação do momento da morte não se apresentou relevante no desenvolvimento dessa tese: primeiro em razão do percentual insignificante de pessoas que teriam interesse na antecipação; segundo porque o debate relativo a suspensão ou recusa de tratamentos fúteis e a divulgação de tratamentos paliativos ainda encontra muita resistência e desconhecimento, exigindo maior empenho nesse estudo.

A antecipação do momento da morte ganha relevância na tentativa de evitar dor e sofrimento. O correto manejo dessas circunstâncias atende a necessidade de fim de vida digno e conduz a redução do número de pessoas que tenham interesse na antecipação.

15. A sociedade, que comemorou a possibilidade de manter um corpo ligado a aparelhos, constatou o quão degradante essa medida poderia se tornar. Debate-se até onde isso não se mostrava como uma obstinação irracional dos seres humanos. A conclusão de que essas medidas eram exageradas partiu dos casos concretos e seu debate ainda tem muito a percorrer.

Os consensos sociais são importantes. Imposições de ideias de suicídio assistido e eutanásia ganharão ou não força, mas devem percorrer esse caminho. Na atualidade, o que se tem por certo é a necessidade do consentimento da pessoa para a realização de tratamentos e terapias invasivas ou não. E nessa sequência a possibilidade de dissenso.

16. O conteúdo de uma diretiva antecipada está limitado às mesmas manifestações que seriam aceitas caso a pessoa tivesse condições de se manifestar.

Podem ser estabelecidas cláusulas diversas desde que não ofendam a lei.

17. Considerando tratar-se de uma vontade projetada, devem constar das diretivas as situações clínicas que desencadearão os seus efeitos, que são a observância dos tratamentos solicitados ou não.

Juridicamente, essas situações clínicas qualificam-se como condição suspensiva, isto é, uma cláusula que indica um evento futuro e incerto a partir do qual o negócio produzirá seus efeitos. Uma vez integrando o negócio, contudo, é cláusula essencial.

18. São condições que podem ativar a eficácia de uma diretiva: doenças graves, incuráveis de acordo com o estado atual da ciência, em fase de terminalidade ou estados vegetativos persistentes.

Por convenção médica, considera-se paciente terminal aquele em que a perspectiva de vida, independente dos tratamentos a que se submeter, não for superior a seis meses.

O estado vegetativo persistente e permanente é a situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente, com prognóstico de irreversibilidade.

Para essas circunstâncias, que em regra levam a impossibilidade de manifestação consciente, as manifestações prévias são um importante instrumento para que se possa saber o que a pessoa decidiria nessas circunstâncias e possibilitar o cumprimento dessas manifestações, em respeito à autonomia pessoal.

19. O conteúdo principal da diretiva é a indicação dos tratamentos que a pessoa aceita ou recusa. Ou seja, o instrumento comporta qualquer das manifestações, como já se pode depreender do modelo fornecido pelo sistema de saúde de Portugal, por exemplo.

Na atualidade, mostra-se direcionada para a recusa, pois a lógica ainda é a da manutenção do corpo com funções vitais, ainda que não intelectuais. Prevalece a utilização de todas as terapias e tratamentos disponíveis, que permitam o prolongamento da vida, mesmo que despida de qualquer qualidade.

Com a possibilidade de um final de existência em meio a dor, sofrimento e solidão, imposta pelas internações em centros intensivos, ligados a máquinas, é natural que as disposições que constem das diretivas sejam encaminhadas na sua maioria para recusa de tratamentos.

Foi assim no seu surgimento. A partir do momento que a área médica já está sensível a essa nova realidade, permitindo decisões de recusa e suspensão de tratamentos, tende-se a encontrar um ponto de equilíbrio.

20. No modelo fornecido pelo sistema de saúde português, são indicadas situações de recusa ou solicitação de tratamentos direcionados especificamente a suportes vitais invasivos, tratamentos fúteis e os experimentais. Todas essas situações não afrontam a legislação interna e nelas a recusa é considerada como decisão ética.

Salienta-se que essas indicações deverão ser conjugadas com as situações clínicas previstas. Nesses termos, pois, uma recusa a manobras de ressuscitação deve ser considerada se verificada uma das circunstâncias indicadas, como, por exemplo, casos de doença terminal.

21. A utilização de formulários nos quais sejam marcadas situações clínicas e tratamentos é uma forma prática e fácil, mas muito limitada. Não permitem contextualizações, indicação de hipóteses, referências a exceções, etc.

A indicação de situações específicas, embora possa ter vantagens na praticidade, tanto para quem elabora como para quem terá que cumprir, tem o inconveniente de dificultar a sua interpretação. Isso porque, em termos de cuidados de saúde e de projeções sobre futuras situações, estas podem não se apresentar de forma tão clara.

Deve-se, assim, aceitar nesse conteúdo a indicação de valores e crenças, desejos e vontades, que permitam identificar a decisão que seria tomada pela pessoa se pudesse se manifestar.

Pode-se concluir que quando se tratar de objeções específicas a um determinado tratamento, podem se apresentar de forma objetiva. Já determinações que variam de acordo com as circunstâncias devem ser contextualizadas e justificadas, permitindo a adequação com a situação real que se apresente.

22. As diretivas permitem também a indicação de pessoa que atuará como procurador para cuidados de saúde, nos limites que a representação possa ter quando os poderes transferidos dizem respeito a decisões de caráter existencial.

A indicação do representante pode constar de um documento próprio ou estar no mesmo suporte físico que contém diretrizes de tratamento. Partindo da mesma pessoa, contudo, faz parte do mesmo negócio jurídico.

Se o negócio contiver ambas as cláusulas, é importante ter claro que as decisões do representante não podem contradizer as diretrizes apontadas.

A indicação voluntária de um representante surge como garantidora do exercício da autonomia pessoal.

23. Outras cláusulas são possíveis, em especial as que dizem respeito com a assistência religiosa e a indicação de companhia, assim como solicitações para que os momentos finais sejam passados em casa, junto a familiares e amigos.

24. Os requisitos de validade serão analisados no momento de elaboração do documento e os de eficácia no momento em que deve produzir seus efeitos. Pode-se dizer, pois, que os requisitos de validade são intrínsecos ao negócio.

A ausência de um dos requisitos essenciais levará a nulidade do ato, assim como poderá incorrer na anulabilidade se constatado algum vício na manifestação da vontade, como o erro ou a coação.

Deve-se ressaltar que a nulidade/anulabilidade pode estar presente em apenas uma ou mais cláusulas e não atingirá todo o documento.

25. A questão da eficácia está ligada a produção de seus efeitos. As DA's são instrumento para manifestações de tratamentos que a pessoa quer ou não receber, com eficácia diferida para eventual momento em que a pessoa não possa mais se manifestar.

O campo da eficácia é, pois, distinto do campo da validade. Reconhecida uma diretiva como válida, os efeitos que dela se esperam dependerão ainda de vários fatores externos, somente passíveis de análise diante dos casos concretos que se apresentam.

As DA's são documentos eminentemente revogáveis, a qualquer tempo e de qualquer forma. Assim, se houver qualquer sinal por parte do paciente de que não

pretende manter a diretriz indicada no documento, este deve ser considerado como revogado.

Considerando os bens fundamentais objetos desse instrumento e o fato de se tratar de uma manifestação projetada, até o momento que venha a produzir seus efeitos, pode, pois, ser alterada ou revogada.

A caducidade é a perda do vigor da diretiva, ou seja, por uma questão lógica as disposições não produzirão efeitos. Ocorrem, por exemplo, se as situações clínicas não se apresentarem ou se a pessoa mantiver capacidade de decisão. Ou mesmo diante do desconhecimento da existência de uma diretiva.

26. A lei portuguesa estabelece um prazo de eficácia de cinco anos a contar da assinatura do documento. Decorrido esse prazo, o documento não terá mais como produzir seus efeitos, salvo se nesse tempo apresente-se uma das situações clínicas que ativam o conteúdo e aplicação da diretiva.

27. A questão relativa a publicidade das DA's é de extrema importância, pois diz respeito à acessibilidade.

O registro nacional, a exemplo do modelo português, administrado pelo poder público, mostra-se um paradigma a ser adotado, pois confere segurança e acessibilidade necessárias para a utilização de documentos dessa natureza.

Deve-se, contudo, reconhecer a confidencialidade dos dados que nela contém, de forma a preservar o direito à privacidade do paciente. Os acessos indevidos e a utilização abusiva ficam sujeitas a responsabilização de quem infringir as normas.

Capítulo quinto

1. As diretivas antecipadas de cuidados de saúde são instrumentos que asseguram o atendimento à vontade do paciente, mantendo a autonomia pessoal mesmo nos momentos em que a pessoa não possa se manifestar.

Permite que na tomada de decisão, no processo final de vida, sejam observados o sistema de crenças do paciente, e demais referenciais teóricos desenvolvidos na bioética, direcionando para a busca da solução mais adequada para as circunstâncias nas quais a pessoa se encontra.

Reconhece-se a adequação ética das diretivas, para as situações de fim de vida, em especial porque permite assegurar o respeito à decisão da própria pessoa.

2. As diretivas antecipadas estão de acordo com valores fundamentais da pessoa, em especial à dignidade humana e os direitos diretamente dela decorrentes. Encontram nas disposições constitucionais seu alicerce.

3. Diante da pluralidade e diversidade que se espera possível nos Estados democráticos de Direito, devem existir mecanismos à disposição do indivíduo para deles se utilizar se for de seu interesse, não se configurando, portanto, uma imposição de realização dessas diretivas.

4. Ao longo dos últimos anos, as DA's foram sendo recepcionadas com previsão legal expressa em vários ordenamentos jurídicos, quer por inclusão em documentos legislativos, quer pela edição de lei específica.

Com o acolhimento expresso nos ordenamentos pátrios, tem-se uma possibilidade de concretizar a sua realização.

5. No Brasil, há apenas o acolhimento por parte do Conselho Federal de Medicina. Entretanto, a falta de norma regulamentadora não desvalida a sua concepção.

Reconhece-se, porém, que para a sua completude há necessidade de previsão expressa no ordenamento jurídico, com especial regulamentação da instrumentalização do ato.

6. Considerando a importância desses documentos que disciplinam direitos existenciais fundamentais da pessoa, é necessária uma regulamentação clara que confira segurança a quem deles se utilizar.

7. A recepção desses documentos é importante como forma de garantia de que esse negócio jurídico válido e eficaz seja considerado eficiente.

A elaboração por um número cada vez maior de pessoas demonstra a aceitação. O cumprimento dessas diretivas, por sua vez, é que consolidará a efetividade que se espera do documento.

Tratam-se de documentos sérios e de difícil elaboração, de forma que, uma vez permitida sua confecção, é preciso que se respeite a opção indicada.

8. Princípios norteadores dos atos de autonomia existencial que servem de guia para a análise da validade e eficácia e permitem a interpretação também se aplicam às diretivas antecipadas.

Dentre os princípios aplicados cabe ressaltar a revogabilidade.

9. A interpretação das diretivas, como negócio jurídico unilateral que se apresenta, deve buscar identificar a vontade real do declarante.

O princípio da conservação é um dos principais meios para a interpretação. Com isso, deve-se aproveitar todas as manifestações passíveis de atendimento.

Sempre que houver dúvidas quanto a validade e eficácia de uma diretiva, prevalecerá a decisão pró-manutenção de tratamento. Isso porque, embora possa trazer prejuízos ao paciente, somente o prolongamento permitiria tempo de sobrevida e mesmo de mudança de decisão se for necessário.

Assim, considerando as peculiaridades do bem envolvido nessas manifestações, a interpretação em caso de dúvida deve ser pró-tratamento.

10. Embora a responsabilidade dos profissionais da saúde no atendimento das diretivas, esta não será reconhecida se o não cumprimento decorre do desconhecimento da existência de uma diretiva.

Os sistemas de publicização desse negócio jurídico são importantes para permitir o conhecimento pelo responsável no atendimento quando a utilização de uma diretiva se fizer necessária.

11. Se o instrumento estiver apto a produzir seus efeitos, deve se reconhecer a obrigação dos profissionais da área médica de observarem as diretivas propostas, que se sobrepõem às decisões familiares.

Igualmente, os médicos responderão pelo não atendimento de uma diretiva válida, somente podendo se afastar do atendimento por objeção de consciência que deve ser previamente manifestada. Não cabe ao médico impor as suas crenças sobre as do paciente.

12. A objeção de consciência é a recusa de um indivíduo por motivos de consciência a se submeter a um comportamento juridicamente imposto. Pode-se dizer que se trata de uma espécie de desobediência civil, dentro dos contornos da própria lei.

A oposição manifestada, assim, respeita a pluralidade de uma sociedade democrática, reconhecendo no outro a possibilidade de sua concordância com a regra e a situação, embora pessoalmente dela discorde por motivos éticos relevantes que justifiquem sua posição.

Nas situações de fim de vida, essas circunstâncias podem surgir a todo o momento. Desta forma, o profissional médico que não concorde com a diretiva apresentada pode afastar-se do atendimento, justificando-se frente ao órgão de classe.

13. A garantia de cumprimento dessas diretivas está em primeiro lugar no reconhecimento de um dever ético por parte dos profissionais da saúde.

O estabelecimento de sanções legais para o caso de descumprimento ou mau uso das DA's é um mecanismo que confere garantias de atendimento e segurança para o declarante.

Dado seu reconhecimento jurídico cabe sua afirmação pelo sistema judiciário, sempre que provocado. Mesmo nos ordenamentos nos quais não haja previsão específica, como no Brasil, as DA's devem ser reconhecidas e integradas no ordenamento, pois encontram fundamento nos direitos constitucionais.

14. A indicação de um representante mostra-se relevante inclusive para que essa pessoa atue como garantidora do cumprimento das vontades expressas na DA.

Na inexistência dessa nomeação, a defesa da diretiva transfere-se para os familiares do declarante e para os profissionais médicos que dela tenham conhecimento.

15. Não se desconhecem as dificuldades tanto de elaboração como de cumprimento desses instrumentos. Ao se elaborar uma diretiva impõe-se que se pense sobre questões filosóficas importantes e difíceis de serem processadas.

Ainda assim, pode ocorrer de não serem utilizadas, porque as situações clínicas não se apresentam, não chega ao conhecimento de quem deve cumprir ou mesmo porque o paciente mantém a possibilidade de manifestação.

16. Não há como ter certeza da sua utilidade. A sua falta, contudo, pode ser mais prejudicial a pessoa. As decisões nessas circunstâncias podem ser transferidas a terceiros (familiares, equipes médicas) e não estarem de acordo com as concepções de vida que foram desenvolvidas ao longo da existência.

17. Reconhecer a importância da manifestação prévia sobre cuidados de saúde consolida o respeito pela autonomia pessoal, nas questões da esfera mais íntima, que é aquela que diz respeito à sua vida e morte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diretivas antecipadas surgiram em razão de situações concretas da vida. A euforia gerada pela evolução na área médica, com reconhecida valia para a qualidade de vida do homem, arrefeceu diante da constatação de que em alguns casos essa tecnologia prolonga não a vida, mas apenas o processo de morte, e pode até mesmo impor um período de vida artificial tão longo ou maior do que o de vida normal.

Exemplos como o da italiana Eluana Englaro, que passou cerca de dezessete dos seus trinta e cinco anos de vida em estado vegetativo persistente e permanente, expõem o quanto a tecnologia pode se tornar um peso no lugar de um benefício.

Igualmente, argumentos apenas centrados no direito à vida, como sendo a manutenção da existência corpórea, podem levar a situações que acabam por degradar esse período final, atentando contra a dignidade que deve permear toda a existência humana.

A dignidade da pessoa humana é um meta-princípio que irradia seu valor para todos os direitos individuais como a vida e a liberdade que, por sua vez, implica no reconhecimento da autonomia pessoal.

Um Estado democrático de Direito pressupõe liberdades específicas, dentre as quais se salienta a de crença e a de expressão, bem como um direito de liberdade geral, que se dirige para o livre desenvolvimento da personalidade. Parte do reconhecimento de que as pessoas são diferentes e tem por dever permitir o convívio harmônico de respeito a essas diferenças. O direito à vida e à dignidade podem ter parâmetros diversos para cada pessoa. A medida da dignidade, pois, pode variar de pessoa para pessoa e de uma circunstância a outra.

Ao Estado cabe reconhecer a existência dessas diferenças e promover mecanismos que atendam a todos. As limitações devem ser racionalmente fundamentadas e jamais atingirem o núcleo desses direitos. Isto é, não se pode desfigurar ou deixar sem proteção esses direitos reconhecidos como fundamentais.

A oportunidade de manifestar previamente o que pretende para o fim de vida representa um espaço aberto para que os valores e crenças desenvolvidos ao longo da existência possam ser expostos e venham a ser observados.

A possibilidade da pessoa adulta e capaz decidir sobre os tratamentos que pretende ou não se submeter, atualmente, é aceita e atendida. Decorre do

reconhecimento do respeito devido ao paciente, que alterou a relação com os profissionais da área médica. É consubstanciado no termo de consentimento informado, que pressupõe a capacitação da pessoa para a tomada de decisão e a necessidade de manifestação de seu consentimento para todo e qualquer procedimento de cuidado de saúde. Identificada a necessidade do consentimento, impõe-se igualmente reconhecer a possibilidade de dissenso.

Se a pessoa maior e capaz pode tomar essa decisão, deve-se reconhecer a possibilidade de manifestações prévias com esse mesmo objetivo.

A lógica da liberdade de escolha reconhece no ser humano toda a sua dignidade e todo o seu poder de, por meio de decisões racionais, direcionar sua vida. A possibilidade de tomada de decisão em situações finais de vida não é uma opção contrária ao direito à vida, mas reforça conceitos de vida com qualidade.

A partir do momento em que se confere o direito de livremente desenvolver a personalidade e de agir de acordo com crenças e convicções produzidas, conduzir para um final de vida em que, por circunstâncias superveniente, as decisões sejam transferidas a terceiros, é atentar contra direitos de fundamental importância da pessoa.

Por mais que a ciência tenha evoluído, a finitude da vida é circunstância inevitável e inquestionável. O que podemos debater é o como morrer.

Dentre a diversidade de personalidades, de crenças, de desejos e de vontades que compõem toda a humanidade, não existe um padrão único de conduta que possa ser aplicado a todos os seres humanos. Desta forma, deve ser aberto espaço para que as determinações diversas possam ser respeitadas. Somente assim, o Estado que se identifica como plural estará atendendo o princípio maior de respeito à dignidade inerente à cada pessoa.

A defesa intransigente do direito à vida conduziu para um prolongamento desmedido da existência e de negação da finitude. Considerando que a evolução de uma doença grave conduz a uma situação de incapacidade, o processo de morte tende a ser doloroso, degradante e com ausência de comunicação, sem condições, portanto, de expressar suas vontades próprias.

Os consensos éticos que se tem alcançado no meio médico, e que encontram ressonância no meio social, conduzem para uma adequação dessas situações. O prolongamento da vida sem qualidade, com a imposição de tratamentos médicos que visem mais tempo de vida, não é medida eticamente adequada. Ao contrário, deve-se

procurar o atendimento terapêutico que permita a atenção e cuidado que toda a pessoa é merecedora.

Ao se tratar da autonomia pessoal, não se desconhece a importância de debates sobre a possibilidade de antecipação do fim da vida, que permitiriam controle total do momento da morte por parte da pessoa. Verifica-se, contudo, que mesmo nos países que acolhem práticas como eutanásia e suicídio assistido, há limitações ao seu exercício como, por exemplo, exigência de comprovação de que o paciente encontra-se com uma doença incurável e/ou terminal, considerando o atual desenvolvimento científico.

Assim, conclui-se pela possibilidade do Estado colocar restrições ao exercício da liberdade e autonomia pessoal, mesmo em decisões que atinjam de imediato apenas a esfera íntima da pessoa. Isso porque, diante do relevante bem que estará sendo renunciado e da exigência de proteção a esse bem, as restrições tem um caráter de garantia de que essas práticas serão restringidas aos casos necessários e em prol da dignidade. Os momentos finais de vida são em regra os mais dolorosos, o que justifica, de forma racional, a limitação da antecipação do momento final da vida a esses períodos.

De toda sorte, a dignidade da pessoa implica respeitar suas decisões, mas também conferir a atenção e cuidados que necessita. Os estudos realizados e as estatísticas demonstram que as pessoas têm mais interesse em assegurar um atendimento das necessidades essenciais e evitar procedimentos degradantes nesses períodos, do que efetivamente antecipar o momento final.

Mais importante do que permitir a antecipação desse momento, com a inclusão nos sistemas legais de práticas como a do suicídio assistido e da eutanásia, é o debate de como manter o atendimento à dignidade da pessoa durante toda a sua existência e especialmente nos seus momentos finais. A preocupação atual, pois, é com o atendimento que será recebido nesses momentos finais, em especial quando a doença se encontra em estados avançados que conduzam a incapacidade de comunicação, bastante comuns em situação de fim de vida.

As necessidades e os encaminhamentos éticos sobre o tema convergem para a aceitação da morte como um elemento da vida. Reconhecer a finitude não é indicação de que a pessoa renuncia o direito à vida, mas sim de que reconhece a morte como uma etapa dessa vida.

Em verdade, o debate sobre critérios de morte e possibilidade de antecipação ressurgiu em decorrência de que, na tentativa de cura e melhora da qualidade de vida,

perdeu-se o limite. Em muitos casos, as novas terapias e tratamentos médicos deixaram de auxiliá-la e, ao contrário, passaram apenas a prolongar o processo da morte. Ressalta-se que se trata de um prolongamento artificial, imposto pelo homem, e não decorrente da natureza humana.

Buscar a adequação desse momento, deixando a natureza atuar de forma normal, ou seja, nem antecipando o fim da vida, nem prolongando o processo da morte, é conceito de que as sociedades atuais precisam se reapropriar.

A utilização do termo ortotanásia pretende expressar a adequação desse processo de vida e viver e, seu outro lado, morte e morrer. Reconhece a prevalência do viver sobre a vida, adequando tratamentos e terapias que venham em benefício da pessoa. Na conjunção com conceitos bioéticos e os atuais direcionamentos da relação médico/paciente, o respeito à vontade do paciente na tomada de decisões que lhe digam respeito é um dos elementos preponderantes para o reconhecimento da qualidade de vida.

Nesse processo de morte, que por vezes é lento e doloroso, não raro a evolução da doença conduz para situações pessoais nas quais a pessoa perde a possibilidade de interação com o meio que a cerca. Tem-se, por exemplo, o caso dos estados vegetativos, nos quais o paciente perde todo o contato com o exterior e a possibilidade de manifestar sua vontade.

Surge aqui o espaço para as diretivas antecipadas, nas quais devem ser indicados os tratamentos que a pessoa aceita ou recusa receber caso não possa se manifestar e encontre-se na situação que previu.

Alicerçadas nos direitos fundamentais da pessoa e eticamente adequadas, as diretivas antecipadas quanto aos cuidados de saúde são instrumentos que devem ser acolhidos, conferindo valor decorrente de sua importância, em especial pelo objeto que contém.

A ciência do direito tem papel primordial na sistematização desse instrumento legal de manifestação prévia de vontade, com vistas a garantir a produção dos efeitos pretendidos.

Essa tese pretendeu contribuir para uma melhor sistematização jurídica desse instrumento, que permita sua elaboração e cumprimento, como forma de garantir a manutenção da autonomia pessoal em situações de fim de vida. Somente se as pessoas tiverem segurança de que o ato elaborado preenche os requisitos que conferem validade

a esse negócio, e que as vontades manifestadas serão cumpridas, ou seja, que terão a eficácia esperada, pode-se pensar no efetivo acolhimento social.

Pensar na própria morte e nas possíveis situações de fim de vida, direcionado para a projeção dos tratamentos que pretende aceitar ou recusar, só terá sentido se as manifestações forem atendidas.

A recepção legislativa é um passo importante para a efetividade. A iniciativa de uma lei específica, como é o caso de Portugal, mostra-se extremamente útil para a sistematização de que se refere.

Deve-se reconhecer, contudo, que mesmo diante da ausência de regra legal expressa que acolha as DA's, manifestações com esse conteúdo que sejam elaboradas precisam ser acolhidas na tomada de decisão sobre a vida da pessoa. Com a certeza da autoria e da integridade do documento e transcorrendo as situações clínicas previstas, a vontade expressa deve ser atendida.

Países como o Brasil, no qual não há norma expressa, o papel do judiciário torna-se relevante tanto para o acolhimento como para a imposição da manifestação, conferindo valor jurídico aos documentos que já existem no mundo dos fatos e que preencham os requisitos de validade. As diretivas estão alicerçadas em fundamentos constitucionais maiores onde encontram a base legal para a sua recepção nos ordenamentos jurídicos, mesmo nos quais não haja previsão legal expressa.

Independente da previsão legal trata-se de um negócio jurídico e, como tal, deve ser constituído pelos elementos essenciais e preencher os requisitos de validade, comuns a todos os negócios.

Considerando o conteúdo de extrema relevância para a pessoa, a recepção legal desses atos é medida recomendada para conferir segurança tanto na realização como no cumprimento desses atos, bem como por permitir estabelecer elementos e requisitos próprios para essa nova modalidade.

É o caso, por exemplo, da Lei portuguesa nº 25/2012. Partindo dos modelos jurídicos existentes, adaptou as regras para as peculiaridades do documento, como, por exemplo, a estipulação de um prazo de eficácia, como garantia de atualidade do ato.

Ainda assim, é passível de críticas quanto a subdivisão dos documentos em testamento vital e procuração para cuidados de saúde e mesmo quanto a não imposição de sanções para o caso de descumprimento.

Verifica-se, contudo, que tais circunstâncias podem se adequar na prática. Como exemplo é possível referir a indicação pelo sistema de saúde de um único documento que contém tanto as diretrizes de tratamento como a indicação do procurador.

Para aprimoramento da sistematização desses documentos indica-se como terminologia a ser utilizada a de «diretivas antecipadas de cuidados de saúde», por indicar o objeto de forma clara. Permite a todos que tenham interesse na sua elaboração, ou que dela tomem conhecimento, saberem que se trata de uma declaração de vontade na qual o declarante, de forma antecipada, estabelece diretrizes para o atendimento médico.

Mostra-se desnecessária a criação de espécies de diretivas (subdivisões), pois um único documento permite estabelecer várias diretrizes, quer relativas aos tratamentos específicos que pretende ou não se submeter, quer para nomeação de pessoa que terá a responsabilidade de decidir essas questões.

Como negócio jurídico unilateral, estará finalizado com a manifestação da vontade do declarante. Para a análise de sua validade devem estar presentes os requisitos comuns de um negócio jurídico. Estas condições, em regra, serão analisadas observando o momento da elaboração do documento.

A diretiva exige agente maior e capaz. Tratando-se de direitos de cunho existencial, e como tal personalíssimo, não admite realização por representante ou com assistência. A capacidade deve apresentar-se no momento da elaboração do documento.

Deve ser observada a forma escrita, mas sem exigência de maiores formalidades. Importante que as novas legislações passem a prever o acolhimento das manifestações virtuais, atendidas as regras que permitam a comprovação da autoria e a integridade do documento.

Como todo negócio jurídico, deve ter objeto lícito e possível. As diretivas têm por objeto a manifestação com relação aos cuidados de saúde, autorizando ou recusando determinados tratamentos, no que se reconhece o objeto lícito. Também suas cláusulas devem estar de acordo com as regras legais, os bons costumes e a arte médica, que equivalem aos consensos que foram alcançados tanto na área médica como social. Visando o aproveitamento dos atos praticados, reforça-se que a nulidade de uma cláusula não atinge as demais.

Com relação a possibilidade e licitude, importante referir que embora requisitos de validade do ato, dadas as peculiaridades das DA's, essa análise deve ser feita quando a

condição estabelecida se apresentar. Desta forma, é possível que uma determinada diretriz, que fosse ilícita ou impossível de ser realizada no momento da elaboração do ato, torne-se lícita por força de alterações do sistema legal, ou possível, em decorrência da evolução da arte médica.

As situações clínicas que ativarão os efeitos de uma diretiva são consideradas como condições suspensivas. Somente se ocorrerem é que o documento produzirá os efeitos pretendidos, isto é, a imposição de observar as diretrizes estabelecidas pela pessoa.

Para tanto, é importante que sejam indicadas com clareza as circunstâncias nas quais a pessoa pretenda a utilização da DA. Reitera-se que são situações de fim de vida, consistentes em doença grave e incurável, em estágio avançado ou terminal, ou situações de estados vegetativos persistentes e irreversíveis, nas quais a pessoa tenha perdido a capacidade de manifestação, por impossibilidade de compreensão ou de comunicação, que permitem a aplicação de uma diretiva.

A criação de formulários a serem disponibilizados mostra-se prática e bastante útil. Devem ser elaborados de forma simplificada e com linguagem acessível, de maneira que as pessoas que a ele recorrerem tenham clareza e compreensão do que está sendo determinado. Contudo, devem conter espaços para considerações específicas que permitam contextualizar as diretivas, isto é, que possam, por exemplo, esclarecer porque aceita ou recusa determinado tratamento, experimento ou prática médica ou indicar períodos ou circunstâncias específicas que devem ser aguardadas.

A indicação pontual tem efeito prático quando se tratam de objeções específicas, como o exemplo da recusa de transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová. Contudo, quando são situações que podem ter diferentes rumos, deve-se permitir que a pessoa contextualize, motive ou justifique a opção.

O conteúdo deve estar de acordo com a legislação vigente do lugar onde a diretiva for emitida. Ganham relevância os consensos sociais a que se chegou em termos de cuidados de saúde. Nesse sentido, por exemplo, a recusa de tratamento fútil em situações de terminalidade mostra-se uma conduta adequada.

A realização de uma diretiva com a presença de um médico de confiança, que possa esclarecer as consequências dos tratamentos que se pretende solicitar ou recusar e esclarecer as dúvidas que possam surgir no momento da elaboração de uma diretiva, conferiria segurança quanto à compreensão e evitaria contradições no seu conteúdo. Na

ausência de exigência legal de participação de um profissional no ato, é importante que a pessoa tenha presente a necessidade do conhecimento e compreensão das situações e consequências do que vier a expressar no documento.

A renúncia ao exercício de direitos fundamentais, quando com base na dignidade da pessoa, encontra justificativa no próprio sistema dos direitos fundamentais estabelecido. A vida que se protege é uma vida de qualidade, que permita o exercício das liberdades individuais e da autonomia, e que exige tratamento digno do ser humano em todas as etapas da sua existência, em especial na fase final. Reconhecendo a morte como uma etapa da vida, não se está a reivindicar o direito à morte, mas o direito ao fim de vida digno.

Com a utilização das diretivas, a impossibilidade de comunicar as decisões pessoais não seria um obstáculo para a manutenção da autonomia pessoal. Salienta-se que, por vezes, é justamente em função da impossibilidade de se saber o que a pessoa decidiria que o prolongamento ocorre de forma mais degradante.

Dentre as cláusulas de uma diretiva, a indicação de procurador para cuidados de saúde ganha relevância. Isso porque parte do paciente, que assim mantém sua autonomia e evita o surgimento de divergências para saber quem responderia na ausência de capacidade deste. Ainda, permite que a pessoa possa integrar as lacunas. Por fim, teria nessa pessoa o garantidor e portador das diretivas. Recomendável, desta forma, que a indicação fosse uma exigência legal e não uma faculdade.

A existência de um registro de caráter nacional, monitorado pelo poder público, é uma das formas para possibilitar a acessibilidade. Porém, exige a integração com as instituições de saúde, permitindo que a diretiva seja consultada pelos profissionais quando necessário, a exemplo do sistema criado em Portugal. Em países como o Brasil, as dificuldades de caráter operacional encaminham para a apresentação do documento diretamente ao responsável pelo atendimento.

A interpretação de uma diretiva antecipada deve ser voltada sempre para a preservação da vontade real do declarante. É importante, para fins de conferir legitimidade e efetividade a esses documentos, que a interpretação seja realizada de maneira a conferir a maior eficácia e o aproveitamento dos atos de disposição de vontade do paciente.

Os casos de dúvida, seja com relação a validade como em relação à interpretação de seu conteúdo, deverão se resolver em prol da manutenção do tratamento,

considerando as consequências que podem advir da recusa. Mesmo que em prejuízo do paciente, apenas o prolongamento possibilitaria uma nova manifestação ou a adequação do atendimento.

Assim, diante da existência de uma diretiva válida, apresentando-se a condição estabelecida (situação clínica indicada) e não tendo a parte capacidade de manifestação, a DA passa a produzir os efeitos pretendidos.

A eficácia da manifestação dependerá ainda de fatores externos como a configuração da situação clínica descrita, o conhecimento da diretiva pelo profissional responsável pelo atendimento, a disponibilidade do tratamento solicitado, etc. Pode ocorrer de uma diretiva válida perder sua força e não produzir os efeitos pretendidos.

Contudo, a ausência de manifestação poderá ser mais prejudicial para a pessoa, em especial em razão da perda de sua autonomia. As situações em que a diretiva geraria sua eficácia são, exatamente, as que maior prejuízo pode causar ao paciente, principalmente quando voltadas para renúncia de tratamentos cuja decisão deve partir apenas da própria pessoa. Os casos relatados nos acórdãos analisados no primeiro capítulo dessa tese servem como exemplo da manutenção de situações irreversíveis, por grandes períodos de tempo, que provavelmente não ocorreriam se a pessoa pudesse se manifestar ou tivesse deixado manifestada a sua vontade.

A existência de uma diretiva é indicativo da manutenção da autonomia da pessoa. É a forma de poder ser ouvida mesmo quando não há mais a possibilidade de comunicação. Com isso, é um instrumento de respeito à pessoa e à sua dignidade. Observados os limites éticos propostos, não é instrumento que atente contra o direito à vida, mas que pressupõe a manutenção de uma vida com liberdade e autonomia, inclusive nos momentos finais.

Reapropriar-se de conceitos filosóficos que debatem a existência humana, sua finalidade e sua finitude, pode ser um importante caminho para a clareza dos limites que devem nortear questões relativas ao momento da morte.

O atendimento integral da pessoa, não apenas no seu aspecto físico de manutenção do corpo humano, mas envolvendo os demais aspectos do ser, como o psicológico e o espiritual, evidencia a atenção e o respeito que devem ser garantidos.

As DA's surgem como um instrumento que possibilita esse cuidado. Permite estender o respeito às decisões e vontades do indivíduo, mesmo que venha a perder a capacidade de se manifestar. Por parte de quem realiza uma diretiva, ter segurança

quanto a validade e eficácia do ato realizado é a garantia de manutenção da sua autonomia.

Embora os vários problemas que podem estar envolvidos na elaboração e cumprimento de uma diretiva antecipada de cuidados de saúde, é um negócio jurídico que deve ser previsto e recepcionado pelos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos de direito.

As diretivas são um instrumento de promoção da pessoa que lhe confere dignidade, assegurando o exercício de sua autonomia em circunstâncias que, de outro modo, não poderia mais exercê-la.

MINHAS VONTADES DE VIDA

Quero uma vida longa e uma morte rápida.

Quero exercer a capacidade de comunicação até o último momento de minha vida.

Quero poder tomar todas as decisões que me dizem respeito.

Quero pensar, sempre. E traduzir esses pensamentos, quando possível, por qualquer forma ao meu alcance.

Sem pensar, sem decidir, sem comunicar, não serei eu. Que se reduza a vida longa que planejei, mas que se cumpra a morte rápida que projetei.

REFERÊNCIAS

ABEJA, Laura Gómez. **El derecho a rechazar el tratamiento médico**. Valência: Tirant Lo Branch, 2014.

ABREU, Izabella Dutra; FORLENZA, Orestes Vicente; BARROS, Hélio Lauar de. Demência de Alzheimer: correlação entre memória e autonomia. **Revista de Psiquiatria Clínica**, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 131-136, maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v32n3/a05v32n3.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS (ANCP). **História**. Disponível em: <<http://www.paliativo.org.br/ancp.php?p=historia>>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. **O que são cuidados paliativos**. Disponível em: <<http://www.paliativo.org.br/ancp.php?p=oqueeecuidados>>. Acesso em: 07 set. 2015.

ADAMS, Maurice; NYS, Herman. Legislando sobre eutanásia: as leis da eutanásia belga e holandesa do ponto de vista legal e ético. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 309-324.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

‘ADEUS mundo’: Americana com cancer terminar realize suicídio assistido. **BBC Brasil**, 3 nov. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141103_morte_maynard_lab>. Acesso em: 17 jun. 2015.

ALEXANDRINO, José de Melo. O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. **O Direito**, Coimbra, v. 142, 2010. p. 865-883.

_____. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: **DIREITOS fundamentais & justiça**. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p. 13-38.

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, mar. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 01 jan. 2017.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 203-214, 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado jurídico na teoria do negócio jurídico**. v. 1. Coimbra: Almedina, 1992.

ALMEIDA, Marcos de. Comentários sobre os princípios fundamentais da bioética: perspectiva médica. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian (Org.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996. p. 56-67.

ALVES, Cristiane Avancini. **Bioética e direitos humanos**: análise sobre o início e o fim de vida. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2015.

ALVES, Rubens. Sobre a morte e o morrer. "Texto publicado em: Folha de São Paulo. São Paulo, 12 de outubro de 2003 – A3" Reproduzido em: PESSINI, Leo. **Eutanásia – por que abreviar a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2004.

ANDORNO, Roberto. **Bioética Y Dignidad de la Persona**. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.

_____. Suicídio assistido na Suíça. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 339-346.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 241-262

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esforço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANTUNES, João Lobo. **A nova medicina**. Lisboa: FFMS, 2012.

APPEL, Camila. A arte de morrer bem: médicos brigam por espaço para cuidados paliativos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/09/1681738-a-arte-de-morrer-bem-medicos-brigam-por-espaco-para-cuidados-paliativos.shtml>>. Acesso em: 08 out.2015.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed., rev. Rio de Janeiro: Universitária, 2010.

_____. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: companhia das letras, 1997.

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. **Ley 26.529, de Noviembre 21 de 2009**. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>. Acesso em: 16 set.2015.

ARIÈS, Philippe. **Sobre a história da morte no ocidente**. 4. ed. Lisboa: Teorema, 2010.

ARRIETA, Ion. Los múltiples conceptos de autonomía en bioética. In: ROCHA, Antonio Casado da(Ed.). **Autonomía com otros**: ensayos sobre bioética. Madrid: Plaza Y Valdes, 2014. p. 63-94.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1-26.

_____. **Direito Civil**: teoria geral 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil**: teoria geral 2: ações e fatos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil**: teoria geral 3: relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSOCIAZIONE RADICALI LECCO. **I Testi Delle Sentenze**. Disponível em: <http://www.radicalilecco.org/rad/modules/mastop_publish/?tac=Tutte_le_sentenze_su_Eluana_Englaro>. Acesso em: 28 jun.2015.

_____. **Procedimento nº 88/2008 da Corte d'Apellodi Milano – Prima Sezione Civile**. Disponível em: <http://www.radicalilecco.org/rad/modules/mastop_publish/?tac=Tutte_le_sentenze_su_Eluana_Englaro>. Acesso em: 28 jun.2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue**: parecer formulado à consulta da Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. São Paulo: ACTC, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 8. reimp. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. 2. reimp. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAERTSCHI, Bernard. Les directives anticipées: entre autonomie et bien faisance. **Rubrique Ethique**, 12 février, 2006. Disponível em: <<http://www.contrepointphilosophique.ch/>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BALLARINO, Tito. Eutanásia e Testamento Biológico nel Conflitto di Leggi. **Revista de Diritto Civile**, Padova, v. 54, n. 1, p. 69-86, 2008.

BANCO MUNDIAL. **Portugal**. Disponível em: <<http://datos.bancomundial.org/pais/portugal>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

BARATA, Carlos Lacerda (Org.). **Código Civil e legislação complementar**: versão atualizada. Lisboa: AAFDL, 2010.

BARROS JUNIOR, Edimilson de Almeida. A inconstitucionalidade das sanções ético-disciplinares aplicadas pelos Conselhos de Medicina. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza – CE. **Anais eletrônicos...** 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3013.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Legitimidade de recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 42, p. 49-91, abr./jun. 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 04 de jan. 2017.

_____.; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final de vida. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, p. 19-63, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BATTISTA, Pierluigi. Englaro e la triste fine del testamento biológico. **Corriere Della Sera**, Opinioni, 13 nov. 2016. Disponível em: <http://www.corriere.it/opinioni/16_novembre_14/englaro-triste-fine-e1dfb65a-a9d2-11e6-9e75-99cc0b521152.shtml?refresh_ce-cp>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios da ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Principles of Biomedical Ethics**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2013.

BECA I, Juan Pablo et al. Diez mitos sobre el retiro de la ventilación mecánica en enfermos terminales. **Rev. Med. Chile**, Santiago, n. 138, p. 639-644, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872010000500016>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BÉLGICA aplica eutanásia em menor de idade. **DW**, 17 set. 2016. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/b%C3%A9lgica-aplica-eutan%C3%A1sia-em-menor-de-idade/a-19559111>>. Acesso em: 14 out. 2016.

BELGIQUE. Ministère de la justice. **28 MAI 2002. - Loi relative à l'euthanasie**. 2002. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&pub_date=2002-06-22&numac=2002009590&caller=summary>. Acesso em: 14 out. 2016.

BELOUCIF, Sadek; HIRSCH, Emmanuel; MARTY, Jean. Droit des malades et fin de vie: Une exigence de dignité et de justice. In: HIRSCH, Emmanuel (Org.). **Face aux fins de vie et à la mort**: éthique, société, pratiques professionnelles. 3. ed. Paris: Vuibert, 2009. p. 55-56.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/243486256/BERLIN-Isaiah-Quatro-ensaios-sobre-a-liberdade-pdf>>. Acesso em: 06 set. 2016.

BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico.com.br**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718>. Acesso em: 12 out. 2016.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 1. Campinas: LZN editora, 2003.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 2. Campinas: LZN editora, 2003.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo 3. Campinas: LZN editora, 2003.

BITTENCOURT, Ana Luiza Portela et al. Consentimento livre e esclarecido e avaliação do grau de expressão de coerção em assistência. **Rev. Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 31, p. 81-89, mayo 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000200007>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

BLANK, Renold J. **Escatologia da pessoa**: vida, morte e ressurreição. São Paulo: Paulus, 2000.

BLUM, Renato Opice; JIMENE, Camilla do Vale. **O valor probatório do documento eletrônico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6313>. Acesso em: 07 dez. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 59-75.

BOLADERAS, Margarita. **El Derecho a no sufrir**: argumentos para la legalización de la eutanasia. Barcelona: Los Libros del Lince, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____.; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORJA, Sérgio. Direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 229-234, 1999.

BRAKEMEIER, Gottfried. Luteranismo. In: GOLDIM, José Roberto (Org.). **Bioética e espiritualidade** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p. 190-212.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940, alterado pela Lei nº 9.777 em 26/12/98. Disponível em: <www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

_____. **Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009**. Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Decreto Legislativo nº 186/2008; Decreto nº 6.949/2009. 4. ed. rev. e atual. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao_pessoas_com_deficiencia.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRAZ, Marlene; SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética e pesquisa em saúde mental. **Ciê. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.16, n. 4, p. 2035-2044, abr. 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232011000400002>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

BRITO Antônio José dos Santos Lopes; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal**: direito sobre a vida ou direito de viver? Coimbra: Almedina, 2000.

BROCK, Dan W. Conscientious refusal by physicians and pharmacists: who is obligated to do what, and why? **Theor Med Bioethics**, n. 29, p. 187-200, 2008. Disponível em: <<https://pmr.uchicago.edu/sites/pmr.uchicago.edu/files/uploads/Brock,%20Conscientious%20refusal%20by%20physicians%20and%20pharmacists.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **German Civil Code**: BGB. 2015. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>. Acesso em: 15 set. 2015.

BURLA, Claudia et al. Envelhecimento e doença de Alzheimer: reflexões sobre autonomia e o desafio do cuidado. **Rev. Bioética**, v. 22, n. 1, p. 85-93, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n1/a10v22n1.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BUSNELLI, Francesco Donato. Problemi Giuridici di fine vita tra natura e artificio. **Revista di Diritto Civile**, Padova, v. 57, n. 2, p. 153-172, mar./apr. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 83-129, jul./set. 2004.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Eutanásia: dignidade da pessoa humana como fundamento ético e jurídico do direito à morte digna. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 43, p. 58-83, ago./set. 2011.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Fabris Editor, 2006.

CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR. Wilson A. **Textos Hipocráticos**: o doente, o médico e a doença. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

CALIFÓRNIA é o quinto Estado a regulamentar a eutanásia. **Zero Hora**, Porto Alegre, 06 out. 2015.

CAMARGO, J.J. A noção de morte digna. **Zero Hora**, Porto Alegre, n. 1254, 12 dez. 2015. (Caderno Vida).

_____. A reparação dos sentidos. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, n. 1240, 5 set. 2015. (Caderno Vida).

_____. O sagrado direito de morrer. **Zero Hora**, Porto Alegre, n. 15880. 15 fev. 2009.

CANÇADO TRINDADE questiona a tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio. In: SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A Proteção Internacional Evento Associado à V CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O círculo e a linha: da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 7-34.

_____. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra Editora, 2004. p. 139-159.

CAPUCHO, Joana. Só 6 mil têm testamento vital. Governo queria 20 mil em seis meses. **DN**, Sociedade, 03 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.dn.pt/sociedade/interior/so-6-mil-tem-testamento-vital-e-preciso-dar-mais-informacao-5582702.html>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. **Relatório sobre estado vegetativo permanente**. 2005. Disponível em: <http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/422FD00A-8B59-4700-9F99-6890C135199B/0/P045_RelatorioEVP.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2015.

CASE of Lambert and others v. France (*Application no. 46043/14*) Judgment – Strasbourg, 5 June 2015. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352)>. Acesso em: 25 jul.2015.

CASTRA, Michel. Soins Palliatifs: une redéfinition des rapports entre médecine et fin de vie. In: HIRSCH, Emmanuel (Ed.). **Face aux Fins de Vie et à la Mort**: éthique, société, pratiques professionnelles. 3. ed. Paris: Vuibert, 2009. p. 176-180.

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares**: secularização, laicidade e religião civil. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjustica/noticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 04 jun. 2016.

CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. **Código de Nuremberg**. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

CEZAR, Denise de Oliveira. **Pesquisa com medicamentos**: aspectos bioéticos. São Paulo: Saraiva, 2012.

CLOTET, Joaquim. **Bioética uma aproximação**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CLOUSER, K. Danner; GERT, Bernard. A Critique of Principlism. **The Journal of Medicine and Philosophy**, n. 15, p. 219-236, 1990. Disponível em: <<http://jmp.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.480/97**. Dispõe sobre critérios rigorosos de constatação da morte encefálica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. **Resolução CFM Nº 1.805/2006** (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169). Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=8822>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. **Resolução nº 1.995/2012**. (D.O.U., 31 ago. 2012, Seção I, p. 269-270). Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=CFM&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=&resolucoesTexto=diretivas+antecipadas>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CONSENSUS Statement on conscientious objection in health care. In: UNIVERSITY OF OXFORD. **Practical ethics**. Disponível em: <<http://blog.practicaethics.ox.ac.uk/2016/08/consensus-statement-on-conscientious-objection-in-healthcare/>>. Acesso em: 05 set. 2016.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819. Tradução de Loura Silveira. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté cliez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.). Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em 23 ago. 2016.

CONVENÇÃO para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (com redacção dada pelo Protocolo n.º 11). Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/conv_eur_dh.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do Direito Civil**. I: aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 175-176.

_____. **Tratado de Direito Civil**. v. 2: parte geral-negócio jurídico. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. **Tratado de Direito Civil**. v. 4: pessoas. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COUNCIL OF EUROPE. **End of life**. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/bioethics/end-of-life>>. Acesso em: 15 set. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v.15, n.80, p. 60-69, out./nov. 2013.

_____. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DANTAS, Ivo. Constituição e bioética (breves e curtas notas). In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 77-119.

DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio: tema de reflexão bioética. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v.20, n. 3, p. 436-441, 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/3615/361533260008.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

DAVIES, Douglas J. **História da morte**. Lisboa: Teorema, 2009.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 jun.2016.

DEL CANO, Ana M^a Marcos. Voluntades Anticipadas: Estado de la Cuestión. In: _____. (Ed.). **Voluntades anticipadas**. Madrid: Dykinson, S. L., 2014. p. 19-42.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha**. 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

DIGNITAS. Disponível em: <<http://www.dignitas.ch/index.php?lang=en>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77-89.

DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? **Âmbito. Jurídico.com.br**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 24 set. 2016.

DIRETIVA. In: DICIONÁRIO Priberam da língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/diretriz>>. Acesso em: 13 out. 2015.

DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG. **Mémorial A nº 46 de 2009**. Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide. Disponível em: <<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2009/0046/a046.pdf#page=7>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 39/2006, de 14 de diciembre**. Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21990>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

_____. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre**. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>>. Acesso em: 14 set. 2015.

EUTANÁSIA: morre na Itália Eluana Englaro. **O Globo**, 10 fev. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/eutanasia-morre-na-italia-eluana-englaro-3576051>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

EXIT. Disponível em: <<https://www.exit.ch/en/>>. Acesso em 11 ago. 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 37-76.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97-110.

FAMILY agree to withdraw life support from 'little fighter: garden of tears as parents spend last hours with baby'. **Metro**, London, February 19, 2015.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. **Rev HCPA**, Porto Alegre, v. 27, n.2, p. 78-82, 2007. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/download/2568/1226>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

FERNANDES, Márcia Santana. **Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____.; GOLDIM, José Roberto. A atividade médica em situações de final de vida e de terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). **Livro homenagem a Miguel Reale Junior**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 397-412.

FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Napoli: A. Morano, 1949.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRER, Isabel. Holanda cogita autorizar suicídio assistido a quem 'cansou de viver'. **El País internacional**, 16 out. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/13/internacional/1476354654_421296.html?id_externo_rsoc=FB_BR_CM>. Acesso em: 16 out. 2016.

FERRY, Luc. **Kant: uma leitura das três críticas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2012.

_____.; VINCENT, Jean-Didier. **O que é o ser humano?: sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso. **A alienação da dor**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/dorgen.htm>>. Acesso em: 06 jul.2015.

FRANCE adopts sedated dying law as compromise on eutanásia. **The Guardian**, 28 Jan. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2016/jan/28/france-adopts-sedated-dying-law-as-compromise-on-euthanasia?CMP=share_btn_tw>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Haute Autorité de Santé. Modèle de Formulaire. Les Directives Antecipées. Disponível em: <http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2016-11/da_formulaire_v2_maj.pdf>. Acesso em 10 fev. 2017.

FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. **Tipos de eutanásia**. Disponível em: <<http://bioetica.ufrgs.br/eutantip.htm>>. Acesso em: 10 maio 2011.

FRANCO, Clarissa de. **A cara da morte**: os sepultadores, o imaginário fúnebre e o universo onírico. Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2010.

FRANKENA, William. **Ética**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO (GDDC). **Carta Internacional dos Direitos Humanos**: Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

GAFO, Javier. **Bioética**. Lisboa: Paulus, 2011.

GANDINI, João A. Donizeti; SALOMÃO, Diana P. da Silva; JACOB, Cristiane. **A validade jurídica dos documentos digitais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4411&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 07 dez. 2015.

GAUER, Ruth Maria Chitto; MARINHO JUNIOR, Inezil P.; GAUER, Gabriel J. Chittó. Entre a autonomia pessoal e a proteção estatal: sobre a vedação da comercialização de órgãos humanos e os limites à livre disposição do bem jurídico-penal individual no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 34, n. 106, p. 224-241, 2007. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/13c3a/13c9e/1445f?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS106PG223>. Acesso em: 07 dez. 2015.

GERALDES, João de Oliveira. **Finis Vitae ou Ficta Mortis?** Disponível em: <https://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112723>. Acesso em: 26 nov. 2016.

GERMAN lawmakers debate assisted suicide regulation. **The Big Story**, 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://bigstory.ap.org/article/5131235822b3421fa921be74e23a970c/german-lawmakers-debate-assisted-suicide-regulation>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 384-408.

GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. **Revista AMRIGS**, Porto Alegre, v. 46, n. 3/4, p. 109-116, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.amrigs.com.br/revista/46-03/0%20consentimento%20informado%20numa%20perspectiva%20al%C3%A9m%20da%20autonomia.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, v. 53, n. 1, p. 58-63, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/complexamrigs09.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. **Caso Nancy Cruzan**: retirada de tratamento. 2005. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/nancy.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

_____. **Eutanásia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/germor.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. **Futilidade**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/futilidade.htm>>. Acesso em: 10 maio. 2011.

GOMES, Henrique de Alencar et al. Limitação de esforços terapêutico na pessoa com lesão encefálica grave. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 2, p. 282-290, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/10.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. **A boa-morte**: ética no fim da vida. Lisboa: Coisas de Ler, 2009.

GONÇALVES, M. Maia. **Código penal português**. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

GOVERNO ITALIANO. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

GRACIA, Diego. Ética y toma de decisiones en el final de la vida. In: PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; SCHLEMPER JR., Bruno (Org.). **Bioética, saúde, pesquisa e educação**. v. 1. Brasília: CFM/SBB, 2014. p. 223-244.

_____. **Pensar a bioética**: metas e desafios. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010.

GRAHAM, Nori; WARNER, James. **Understanding Alzheimer's disease & other dementias**. Family Doctor Books Limited in association with the British Medical Association, 2014.

GRASSETTI, Cesare. Principio di Conservazione. In: **ENCICLOPEDIA del Diritto**. Nono volume. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961.

GRUPO DE PESQUISA DO PROF. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. **Quadro comparativo entre o CPC/1973 e o CPC/2015**. 2.a versão, revista e atualizada (19.03.2015). Disponível em: <<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/wp->

content/uploads/2015/03/Quadro-comparativo-CPC-1973-x-CPC-2015.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O direito de autodeterminação do paciente. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 37, n. 118, p. 254-279, jun. 2010. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/a480/a508/ac5e?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1947.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. **Le Droit de la Bioéthique**. Paris: Editions La Découverte, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HEYMANN Gisela. Felicidade também é riqueza. **Planeta sustentável**. Disponível em: <<http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/comissao-stiglitz-sen-fitoussi-sarkozy-novo-pib-499171.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE - RS. **Apresentação**. Disponível em: <<https://www.hcpa.edu.br/content/view/335/1714/>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

HURLEY, Robert E. Primum Non Nocere – a contrarian ethic? In: JENSEN, Steven J. **The Ethics of Organ Transplantation**. Washington, D.C.: The catholicity University of America Press, pp. 03-20, 2011. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=eRi4yEuTJWMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbv_ViewAPI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 21 dez. 2016.

INTERACTIVE CONSTITUTION. The Constitution of the United States of America. Disponível em: <<http://constitutioncenter.org/constitution/full-text>>. Acesso em: 08 set. 2015.

ITÁLIA. Comitato Nazionale Per la Bioética (CNB). **Obiezione di coscienza e bioética**. 30 luglio 2012. Disponível em: <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Obiezione_coscienza.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. **Il Codice Civile Italiano: Libro quatro – Delle Obbligazioni**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. Ministero della Salute. **Tutela del donatore**. Disponível em: <<http://www.trapianti.salute.gov.it/cnt/cntDettaglioMenu.jsp?id=24&area=cnt-generale&menu=menuPrincipale&sotmenu=donazione&label=mpd>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

JÄHR, Fritz. **Essays in Bioethics and Ethics 1927-1947**. Bochum: Zentrum für Medizinische Ethik, 2011.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Trad.: Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libreria, 1912. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/AdrianodaCosta/georg-jellinek-diritti-pubblici-subbiettivi>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

JENSEN, Steven J. **The Ethics of Organ Transplantation**. Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2011. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=eRi4yEuTJWMC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ViewAPI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 21 dez. 2016.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto/Editora PUC-Rio, 2006.

_____. Philosophical Reflections on Experimenting with Human Subjects. **Daedalus**, v.98, n. 2, p. 219-247, 1969. Disponível em: <<https://www.sfu.ca/~andrewf/jonas.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

JUNGES, José Roque. **Bioética**; perspectivas e desafios. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

KATSETOS, Antonios D.; MIRARCHI, Ferdinando L. A Living Will Misinterpreted as a DNR order: confusion compromises patient care. **The Journal of Emergency Medicine**, v. 40, n. 6, p. 629-632, jun. 2011.

KENNEDY INSTITUTE OF ETHICS; GEORGETOWN UNIVERSITY. **Euthanasia Regulations Around the World**. Disponível em: <<https://ethicslab.georgetown.edu/euthanasia-map>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

KIMSMA, G. K. Death by request in The Netherlands: facts, the legal context and effects on physicians, patients and families. **Med Health Care Philos.**, v. 13, n. 4, p. 355-361, Nov. 2010. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2949557>>. Acesso em: 14 out. 2016.

KIPPER, Délio José. **Final de vida em crianças**: aspectos técnicos e bioéticos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

KOSACHENCO, Camila. A escolha de não prolongar a dor. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, 10/11 dez. 2016. (Caderno Vida).

KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHLER, Michael; JELINEK, Nadja. **Autonomy and the Self**. 2010. Disponível em: <<http://www.uni-muenster.de/KFG-Normenbegrueundung/publikationen/preprints.html>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

KUKLA, Rebecca. **Autonomia**. Kennedy Institute Intensive Bioethics Course, 2012. Apresentação no IBC/39. Georgetown University.

KUNDERA, Milan. **A festa da insignificância**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LA STORIA di Eluana Englaro. **Post**, 9 feb. 2014. Disponível em: <<http://www.ilpost.it/2014/02/09/eluana-englaro/>>. Acesso em: 10 set. 2015.

LAMPEDUSA, Tomasi di. **O Gattopardo**. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007.

LANZAROT, Ana Isabel Berracal. **La publicidad registral de las instrucciones previas**. Versión generada por el usuario Universidade de Lisboa. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/publicidad-instrucciones-previas-216944493>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

_____. **El documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas**. Versión generada por el usuario Universidade de Lisboa. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/instrucciones-voluntades-anticipadas-216943481>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEGIFRANCE.GOUV.FR. **LOI n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (1)**. JORF, n. 95, 23 avril 2005, p. 7089, texte n° 1. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000446240&categorieLien=id>>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. **LOI n° 2016-87 du 2 février 2016. Créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (1)**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/2/2/2016-87/jo/texte>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Eutanásia e testamentos vitais: live and let die? In: CORDEIRO, António M. (Coord.). **Estudos em homenagem ao centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 713-724.

LIMA, Paulo Bernardo Lindoso e. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: a tutela efetiva do direito à morte digna. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas**, Manaus, v.14, n.1/2, p. 61-102, jan./dez. 2013.

LOCH, Jussara de Azambuja. **La confidencialidad en la asistencia a la salud del adolescente**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natália. O direito de escolher. **VEJA**, São Paulo, v. 45, n. 2286, p.98-106, 12 set. 2012.

LOUREIRO, João Carlos. Habermas e o futuro da natureza humana: leituras de um jurista. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 133-161.

MACHADO, Diego Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.37, p. 17-52, jan./mar. 2010.

MACHADO, Maria do Céu et al. **A morte e o morrer em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2011.

MACIEL, Maria Goretti Sales. Aspectos bioéticos do cotidiano de uma unidade hospitalar de cuidados paliativos. In: PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; SCHLEMPER JR, Bruno (Org.). **Bioética, saúde, pesquisa e educação**. v. 1. Brasília: CFM/SBB, 2014. p. 265-284.

MAIA, Ana. Bebê nasceu 15 semanas depois de mãe ficar em morte cerebral. **Diário de Notícias**, 08 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.dn.pt/sociedade/interior/bebe-nasceu-15-semanas-depois-de-mae-ficar-em-morte-cerebral-5217262.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

MANASSES, Miguel Angelo; NARESSI, Adriano. “Ele vai morrer, então vai desligando as coisas”, diz médica em inquérito. **Tribuna**, 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/painel-do-crime/ele-vai-morrer-entao-vai-desligando-as-coisas-diz-medica-em-inquerito/>>. Acesso em: 05 out. 2016.

MARINHO, Josaphat. Dos direitos humanos e suas garantias. In: **AS TENDÊNCIAS atuais do direito público: estudos em homenagem ao professor Afonso Arinos de Melo Franco**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 167-181.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MCCARRICK, P.M. Ethics committees in hospitals. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, v.2, n.3, p.285-306, 1992. O caso Karen Ann Quinlan. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/karenaq.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

MCLEAN, Sheila A.M. **Automy, Consent and the Law**. London: Routledge-Cavendish, 2010.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELO, Itamar. Laboratório do estado não tem dinheiro nem experiência para pesquisar. **Zero Hora**, 20 nov. 2015.

MENDES, Filipe Pinheiro. **A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei nº 236/12 do Senado Federal (novo Código Penal)**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n%C2%BA-23612-do-senado-federal-novo-c%C3%B3digo-penal>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____.; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Eduardo Prado de. **O mundo precisa de filosofia**. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____.; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. São Paulo: José Olympio, 1945.

_____. **Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Publicações Technicas, 1932.

_____. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo 7. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

MÓNICA, Maria Filomena. **A morte**. Lisboa: FFMS, 2011.

MONTEIRO, Etienne. Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 461-475, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111-144.

NALINI, José Renato. Responsabilidade ético-disciplinar do médico: suspensão e cassação do exercício profissional. In: ENCONTRO DOS CRMs DAS REGIÕES SUL E SUDESTE, 12., 2010. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=3>. Acesso em: 02 fev. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová**: como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo: ACTC, 2009.

NETHERLANDS. Ministry of Foreign Affairs. **Euthanasia**: A guide to the Dutch termination of life on request and assisted suicide (Review Procedures) Act. Disponível em: <<http://www.bioeticanet.info/eutanasia/lleieuhol.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter. **Bioética simples**. Lisboa: Editorial Verbo, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 2, p. 241-251, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/06.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

OLIVEIRA, Guilherme de. O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos. In: ____ (Org.). **Temas de direito da medicina 1**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 101-113.

ORDEM DOS MÉDICOS. **Código de Deontológico** (português – arts. 45 a 48). Disponível em: <<https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>>. Acesso em: 20 out. 2015.

ORDRE NATIONAL DES MEDECINS. **Code de Déontologie Médicale** (art. 35 e 36). 2012. Disponível em: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana sobre a proteção dos Direitos Humanos dos idosos**. 14 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/08/conven%C3%A7%C3%A3o-interamericana-sobre-a-prote%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-dos-idosos-OEA.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL ESPAÑOLA. **Código de Ética y Deontología Médica** (art. 10). 1999. Disponível em: <<http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1962.

OSSWALD, Walter. Limites do consentimento informado. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de direito da bioética**. v. 3. Coimbra: Almedina, 2009. p.151-160.

OTERO, Paulo. Dignidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de direito**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008. p. 107-138.

_____. **Instituições políticas e constitucionais**. V. I. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 349-379.

_____. **A democracia totalitária**: do Estado totalitário à sociedade totalitária. Caiscais: Princípiã, 2001.

_____. **Direito da vida**: relatório sobre o programa conteúdos e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2004.

PADRÃO, Isaltina. Bélgica registrou 1432 eutanásias: um número recorde. **DN Globo**, 07 fev. 2013. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3040790&seccao=Europa>. Acesso em: 09 out. 2015.

PARLIAMENTARY ASSEMBLY. **Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients**. 2012. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=18064&lang=en>>. Acesso em: 15 de set. 2015.

PATTO, Pedro Vaz. Testamento vital: perspectiva jurídica: porta aberta para a eutanásia? **Broteria: Cristianismo e Cultura**, Braga, v. 168, n. 5/6, p. 437-444, maio/jun. 2009. Disponível em: <http://www.broteria.pt/images/books/pdf/2009_Mai.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

PAZ, Roberto. O catolicismo e questões bioéticas. In: GOLDIM, José Roberto (Org.). **Bioética e espiritualidade** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p. 52-60.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 468-489.

PEREIRA, Rui Carlos. Os crimes contra a integridade física na revisão do Código Penal. In: PALMA, Maria Fernanda; BELEZA, Teresa Pizarro (Org.). **Jornadas sobre a revisão do Código Penal**. Lisboa: Associação Acadêmica, Faculdade de Direito, 1998. p. 183-205.

PEREIRA, Tânia da Silva. O direito à morte digna e a validade do testamento vital. **Boletim IBDFAM**, Belo Horizonte, v.9, n.59, p. 10-12, nov./dez. 2009.

PERMANENT COUNCIL OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATE (OEA). **Comparative Study**: Data Protection In The Americas. CP/CAJP-3063/12. 3 April 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-3063-12_en.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2004.

PINHEIRO, Solimar. **Sobre o coma e a morte encefálica**. 18 abr. 2004. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20115:sobre-o-coma-e-a-morte-encefalica&catid=46:artigos&Itemid=18>. Acesso em: 21 dez. 2016.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Portugal - Brasil ano 2000. **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

PLAISTED, Dennis. An Undignified Side of Death with Dignity Legislation. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, Washington, D.C., v. 23, n. 3, p. 201-228, Sep. 2013.

PLATAFORMA DADOS SAÚDE (PDS). **Portal do utente**: integração na Plataforma de Dados da Saúde (PDS). Disponível em: <<https://servicos.min-saude.pt/utente/Info/Portal/About>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 25/2012 de 16 de julho**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Diário da República, 1.ª série - N.º 136 - 16 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2015.

_____. **Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto**. Aprova o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital. Publicado no D.R. n.º 178 (Série I-A), de 2 de Agosto de 1999. Alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de abril. Disponível em:

<<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=957061#.WHLeto6ofVI>>. Acesso em 26 dez. 2016.

_____. Ministério Público. **Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro**. Estatuto do Ministério Público (versão actualizada). Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.pt/iframe/estatuto-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **Objecção à doação de órgãos para transplante**. Disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/informacoes+uteis/doacao+de+orgaos+e+transplantes/objecao_doacao.htm>. Acesso em 14 dez. 2015.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. **DL n.º 48/95, de 15 de Março**. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995 (versão actualizada). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em 19 out. 2015.

_____. **DL n.º 47344/66 de 25 de Novembro – Código Civil (versão actualizada)**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. **Lei n.º 12/93**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 17 ago. 2011.

_____. **Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto**. Estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em: 26 nov. 2016.

PUTZEL, Elzio Luiz et al. Ordem de não reanimar pacientes em fase terminal sob a perspectiva de médicos. **Revista Bioética**, v. 24, n. 3, p. 596-602, 2006. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1139/1570>. Acesso em: 20 dez. 2016.

QUINTILIANO, Marcia Regina; VECCHI, Sabah Fachin de. **A interdição no novo Código de Processo Civil**. 2016. Disponível em: <<https://marciaquinti22.jusbrasil.com.br/artigos/268653395/a-interdicao-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

RAIMUNDO, Diana Sara Lopes. O procurador de cuidados de saúde na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. **e-Pública**, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 488-517, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n2/v1n2a17.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAMOS, Cesar Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 34, n. 1, p. 43-66, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v34n1/a04v34n1>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 125, p. 171-219, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Directivas_Antecipadas_de_Vontade_-_Em_Busca_da_Lei_Perdida.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

RAYMUNDO, Márcia Mocellin; GOLDIM, José Roberto. Apontamentos sobre o processo de consentimento com ênfase na autorização por representação em substituição ao consentimento por procuração. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 67-90.

RESOLUÇÃO da Assembleia da República n.º 1/2001. Aprova, para ratificação, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998. Disponível em: <www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **Protecção da privacidade**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RICH, Ben A. Advance Directives. **Journal of Legal Medicine**, v. 19, n.1, p. 63-67, 1998. Published online: 23 Jul 2009. Downloaded by Georgetown University at 06 June 2013. p.64.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=testemunhas+de+Jeov%C3%A1&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=201.37.162.150&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=testemunhas+de+Jeov%C3%A1&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=201.37.162.150&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. **Novas ações pedindo liberação de fosfoetanolamina são julgadas.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=292764>>. Acesso em: 21 nov. 2015.

ROCHA, Antonio Casado da (Ed.). **Autonomía com otros: ensayos sobre bioética.** Madrid: Plaza Y Valdes, 2014.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Consentimento informado: pedra angular da responsabilidade criminal do médico. In: **DIREITO da Medicina** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 5-51.

_____. O artigo 150º, n.º 1, do Código Penal: uma jóia preciosa no direito penal médico. **Julgar**, Coimbra, n. 21, p. 11-26, set./dez. 2013.

RODRIGUEZ, José Ramón Díez. Legislación Estatal y Autonómica sobre Voluntades Anticipadas. In: CANO, Ana Mª Marcos del (Ed.). **Voluntades anticipadas.** Madrid: Dykinson, S. L., 2014. p. 115-148.

RONSBURG, Andrea. Bélgica julga mãe que matou filhos deficientes. **DW**, 02 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/b%C3%A9lgica-julga-m%C3%A3e-que-matou-filhos-deficientes/a-1908619>>. Acesso em: 09 out. 2016.

ROSA, Kellen Martins da. Direito à vida, direito à morte e dignidade da pessoa humana. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org.). **Ensaio de Biodireito: respeito à vida e aos imperativos da pesquisa científica.** Pelotas: Delfos, 2008. p. 153-188.

ROVER, Aires José. Do analógico ao digital: construindo tecnologias emancipadoras. In: BLUM, Opice et al. (Coord). **Manual de direito eletrônico e internet.** São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 11-26. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/artigo-do-anal%C3%B3gico-ao-digital-construindo-tecnologias-emancipadoras>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

RUAH, Joshua. Religião judaica e bioética: a vida e a morte. In: SILVA, João Ribeiro et al. (Coord.). **Contributos para a bioética em Portugal.** Lisboa: Edições Cosmos, 2002. p. 253-261.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e biodireito: podemos, legitimamente, pensar em um direito de morrer? **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 177-192, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

SACRED CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH. **Declaration on euthanasia.** 5 May 1980. Disponível em: <<http://www.cin.org/vatcong/euthanas.html>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

SALGADO, Heliodoro. **A religião da morte.** Lisboa: Editor Dias da Silva, 1910.

SALGUEIRO, Jennifer Braathen; GOLDIM, José Roberto. As múltiplas interfaces da bioética com a religião e espiritualidade. In: GOLDIM, José Roberto (Org.). **Bioética e espiritualidade.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p. 11-28.

SANCHES, Andreia. Duplicaram os estrangeiros que foram à Suíça para morrer, três eram portugueses. **Público**, 23 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/duplicaram-os-estrangeiros-que-foram-a-suica-para-morrer-tres-eram-portugueses-1667317>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

SANTOS JUNIOR, Edinaldo César. O direito internacional dos direitos humanos, a bioética e a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. **Revista da EJUSE**, n. 20, Doutrina 75, 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/76148/direito_internacional_direitos_santos.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

SANTOS, Cleopas Isaías; ALMEIDA NETO, João B. de; SOUZA, Paulo V. Sporleder. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 19-43, jan./fev. 2011.

SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento vital**: o que é? como elaborá-lo? Rio de Janeiro: Sextante Editora, 2011.

SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos et al. Avaliação do conhecimento dos anesthesiologists sobre cuidados paliativos. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 2, p. 373-379, 2014. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/837/1053>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 13-44.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

_____.; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Rev. TST**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-efic%C3%83%C2%A1cia-dos-Direitos-Fundamentais-nas-rela%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%B5es-entre-particulares.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016. p. 30-32.

SAUL, Peter. **Let's talk about dying**. Disponível em: <<http://itunes.com/apps/tedconferences/ted>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

SCHAEFER, Fernanda. Diretivas antecipadas de vontade e a resolução n. 1995/2012: uma possibilidade no direito brasileiro? **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v.2, n.3, p. 100-113, jul. 2012.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Breve introdução ao estudo da dogmática jurídica**. Florianópolis/SC, 13 mar. 2009. Disponível em <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/3050-breve-introducao-ao-estudo-da-dogmatica-juridica>>. Acesso em: 04 out.2015.

SCHNEEWIND, J.B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

SCHWAB, Jorgen (Ed.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão** (Entscheidungen des Bundesverfassungsrichts). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 381-394. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso: 01 jan. 2017.

SCRIGNI, Adriana. Bioética e problemas de fim de vida: uma experiência de limitação do suporte vital em um hospital de alta complexidade. In: PESSINI, Léo et al. (Org.). **Ética e bioética clínica no pluralismo e diversidade**: teorias, experiências e perspectivas. São Paulo: Idéias e Letras, 2012. p. 215-227.

SERRÃO, Daniel. Os cuidados paliativos. In: BRITO, José Henrique Silveira de (Coord.). **Do início ao fim da vida**: atas das primeiras jornadas de bioética. Funchal: Faculdade de Filosofia, 2005. p. 173-182.

SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (SPMSep). **RENTEV**: Registro Nacional de Testamento Vital. Disponível em: <<http://spms.min-saude.pt/product/38732/#product-documents>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

_____. 2201 portugueses já expressaram os tratamentos que pretendem ou não receber em caso de doença. 26 fev. 2016. Disponível em: <<http://spms.min-saude.pt/2016/02/testamento-vital/>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. **Diretiva Antecipada de Vontade (DAV)**. Disponível em: <http://spms.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/05/Rentev_form_v0.5.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2015.

_____. **RENTEV**: um ano a registrar testamentos vitais. 2015. Disponível em: <<http://spms.min-saude.pt/blog/2015/07/01/rentev-um-ano-a-registar-testamentos-vitais/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**: fundamentos e ética biomédica. Caiscais: Princípia Editora, 2009.

SHEWMON, Alan. Recovery from "Brain Death": A Neurologist's Apologia. **The Linacre Quarterly**, v.64, n. 1, p. 30-96, Feb. 1997, Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/8270/7294f3950d802e90ae914e51996463a0ad6c.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

_____. Chronic “brain death”: meta-analysis and conceptual consequences. **Neurology**, v. 51, n. 6, p. 1538-1545, 1998. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d031/8f53d16688ab9635707007b5170a2f2de992.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

SILVA, Carina Alves et al. Saúde e qualidade de vida: um direito do idoso. In: SANTIN, Janaina Rigo; BETTENELLI, Luiz Antônio (Org.). **Bioética e envelhecimento humano**. Passo Fundo-RS: Bherthier, 2010. p. 37-48.

SILVA, José Antônio Cordeiro da et al. Distanásia e ortotanásia: práticas médicas sob a visão de um hospital particular. **Revista Bioética**, Brasília/DF, v. 22, n. 2, p. 358-366, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/18.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SILVA, Mario Tavares. **Eutanásia**: alguns aspectos morais. Lisboa: AAFDL, 2011.

SILVA, Miguel Oliveira. Objecção de consciência, planeamento familiar e interrupção de gravidez. In: SILVA, João Ribeiro et al. **Contributos para a bioética em Portugal**. Lisboa: Edições Cosmos, 2002. p. 395-406.

SILVEIRA, Maria J.; KIM, Scott Y.H.; LANGA, Kenneth M. Advance Directives and Outcomes of Surrogate Decision Making before Death. **The New England Journal of Medicine**, n. 362, p. 1211-1218, 2010. Downloaded from nejm.org at Dahlgren Memorial Library. Acesso em: 6 jun. 2013.

SINGER, Peter. **Escritos sobre uma vida ética**. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

_____. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SIQUEIRA, José Eduardo de; PESINI, Leo; SIQUEIRA, Carlos Eduardo de. Olhar bioético sobre a terminalidade da vida e os cuidados paliativos. In: PORTO, Dora; MARTINS, Gerson Zafalon; SCHLEMPER JR., Bruno (Org.). **Bioética, saúde, pesquisa e educação**. v. 1. Brasília: CFM/SBB, 2014. p. 245-264.

SMITH-STONER, Marilyn. Necessidades espirituais dos budistas no final da vida. In: GOLDIM, José Roberto (Org.). **Bioética e espiritualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p. 31-49.

STOLFI, Giuseppe. **Teoria del negozio giuridico**. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott – Antonio Milani, 1947.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiências psíquicas e curatela: reflexões sob o viés da autonomia privada. **Revista de Direito das Família e Sucessões**, Porto Alegre, n. 7, p. 64-79, dez. 2008/jan. 2009.

_____. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 33, p. 3-36, jan./mar. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição:** premissas para uma reforma legislativa. Disponível em <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____.; SHEREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 39, p. 3-17, jul./set. 2009.

TERMINATION of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act. April 1, 2002. Disponível em: <<http://www.eutanasia.ws/documentos/Leyes/Internacional/Holanda%20Ley%202002.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

TESCARO, Mauro. Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario. **Rivista Di Diritto Civile**, Padova, v. 59, n. 4, p. 1023-1041, luglio/ag. 2013.

TERRA, C.M. et al. **Morte encefálica:** análise. Disponível em: <<http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf0163.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

TESTAMENTO VITAL. **Sobre o portal.** Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/sobre-o-portal/>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

THALER, David E. et al. **Handbook of clinical medicine.** New York: Oxford University Press, 1999.

TRIBUNAL dá direito a morrer a mulher que perdeu vontade de continuar viva. **DN**, 02 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/tribunal-da-direito-a-morrer-a-mulher-que-perdeu-forca-de-viver-4911874.html>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica:** para operadores do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TROTТА, Eliane et al. Percepção de profissionais de saúde sobre o processo de tomada de decisão na assistência a pacientes pediátricos. **Rev Bras Ter Intensiva**, v. 28, n. 3, p. 335-340, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbti/v28n3/0103-507X-rbti-28-03-0335.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

UNESCO. **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos.** 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

URUGUAY. **Código Penal:** Lei 9414, de 29 de junio de 1934. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/penaluru.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

VALLS, Alvaro L.M. **Repensando a vida e a morte do ponto de vista filosófico.** Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/morteamv.htm>>. Acesso em: 10 maio 2011.

VARELLA, Dráuzio. **Por um fio.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Bioética: a relação típica do médico com o doente. In: SILVA, João Ribeiro; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martin (Coord.). **Contributos para a bioética em Portugal**. Lisboa: Edições Cosmos, 2002. p. 191-198.

_____. **Direito de personalidade**. reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

VEATCH, Robert M. **The Basics of Bioethics**. 3rded. New York: Pearson, 2012.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEGAS, Patrícia. Lei aprovada no Parlamento: Bélgica legaliza eutanásia para menores. **DN Globo**, 13 fev. 2014. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3685159&seccao=Europa>. Acesso em: 09 out.2015.

VLEX ARGENTINA. **Sentencia de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 9 de Febrero de 2005 (caso Causa C 85627)**. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/causa-c-36910459>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

VLEX ESPANHA. **Ley 39/2006, de 14 de diciembre**. Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Disponível em: <<http://legislacion.vlex.es/vid/autonomia-personal-atencion-dependencia-215462753>>. Acesso em: 07 set. 2015.

VLEX UNITED STATES. **Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health, 497 U.S. 261 (1990)**. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/cruzan-v-director-dept-health-19969603>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

WALBURTON, Nigel. **Uma breve história da filosofia**. Porto Alegre: L&PM, 2013.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na constituição**: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WHITE, Hilary. Conferência Pró-Vida sobre os Critérios de “Morte Cerebral” terá dificuldades para desintrincheirar a Posição do Vaticano. **Fratres in Unum.com**, 16 fev. 2009. Disponível em: <<https://fratresinunum.com/2009/02/23/conferencia-pro-vida-sobre-os-criterios-de-morte-cerebral-tera-dificuldades-para-desintrincheirar-a-posicao-do-vaticano/>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

WIKIPÉDIA. **Affaire Vincent Lambert**. Disponível em: <https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Vincent_Lambert> . Acesso em : 10 set. 2015.

_____. **Anóxia**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/An%C3%B3xia>>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. **Patient Self-Determination Act**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Patient_Self-Determination_Act>. Acesso em: 21 dez. 2016.

WILL. In: Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/index.php?lingua=ingles-portugues&palavra=will>>. Acesso em: 04 out. 2015.

WITTMANN-VIEIRA, Rosmari; GOLDIM, José Roberto. Bioética e cuidados paliativos: tomada de decisões e qualidade de vida. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 334-339, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-21002012000300003>>. Acesso em: 05 set. 2015.

WMA. **WMA Resolution on the Access to Adequate Pain Treatment**: Adopted by the 62nd WMA General Assembly, Montevideo, Uruguay, October 2011. Disponível em: <<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/p2/>>. Acesso em: 06 set. 2015.

WOLFF, Michael. Uma vida que merece se encerrar. **Revista Piauí**, n. 71, p. 61-62, ago. 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO definition of Palliative Care**. Disponível em: <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em 01 set. 2015.

_____. **WHOQOL**: measuring quality of life. 1997. Disponível em: <www.who.int/mental_health/media/68.pdf>. Acesso em: 09 out. 2015.

ANEXO A - Lei n.º 25 de 16 de julho 2012

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.º 25/2012

de 16 de julho

Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

CAPÍTULO II

Diretivas antecipadas de vontade

Artigo 2.º

Definição e conteúdo do documento

1 — As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2 — Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;
- c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;
- d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;
- e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

Artigo 3.º

Forma do documento

1 — As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste:

- a) A identificação completa do outorgante;
- b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;
- c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos;
- d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;
- e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam.

2 — No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

3 — O ministério com a tutela da área da saúde aprova, mediante pareceres prévios do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e da Comissão Nacional de Proteção de Dados, um modelo de diretivas antecipadas de vontade, de utilização facultativa pelo outorgante.

Artigo 4.º

Requisitos de capacidade

Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente:

- a) Sejam maiores de idade;
- b) Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica;
- c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

Artigo 5.º

Limites das diretivas antecipadas de vontade

São juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade:

- a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas;
- b) Cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal;
- c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

Artigo 6.º

Eficácia do documento

1 — Se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei.

2 — As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando:

- a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;
- b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;
- c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

3 — O responsável pelos cuidados de saúde regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde, quando exista, bem como ao RENTEV.

4 — Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante.

5 — A decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante.

Artigo 7.º

Prazo de eficácia do documento

1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura.

2 — O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 3.º

3 — O documento de diretivas antecipadas de vontade mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.

4 — Os serviços de RENTEV devem informar por escrito o outorgante de DAV, e, caso exista, o seu procurador, da data de caducidade do documento, até 60 dias antes de concluído o prazo referido no n.º 1.

Artigo 8.º

Modificação ou revogação do documento

1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é revogável ou modificável, no todo ou em parte, em qualquer momento, pelo seu autor.

2 — Sem prejuízo do disposto no n.º 4, a modificação do documento de diretivas antecipadas de vontade está sujeita à forma prevista no artigo 3.º

3 — O prazo de eficácia do documento de diretivas antecipadas de vontade é renovado sempre que nele seja introduzida uma modificação.

4 — O outorgante pode, a qualquer momento e através de simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de diretivas antecipadas de vontade, devendo esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista.

Artigo 9.º

Direito à objeção de consciência

1 — É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante o direito à objeção de consciência quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.

2 — O profissional de saúde que recorrer ao direito de objeção de consciência deve indicar a que disposição ou disposições das diretivas antecipadas de vontade se refere.

3 — Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados.

Artigo 10.º

Não discriminação

Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de diretivas antecipadas de vontade.

CAPÍTULO III

Procurador e procuração de cuidados de saúde

Artigo 11.º

Procurador de cuidados de saúde

1 — Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2 — Só podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do artigo 4.º, com exceção dos casos previstos no número seguinte.

3 — Não podem ser nomeados procurador de cuidados de saúde:

a) Os funcionários do Registo previsto no artigo 1.º e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela presente lei;

b) Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde.

4 — Excetuam-se da alínea b) do número anterior as pessoas que tenham uma relação familiar com o outorgante.

5 — O outorgante pode nomear um segundo procurador de cuidados de saúde, para o caso de impedimento do indicado.

Artigo 12.º

Procuração de cuidados de saúde

1 — A procuração de cuidados de saúde é o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de

forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade.

2 — É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 262.º, 264.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 265.º do Código Civil.

Artigo 13.º

Efeitos da representação

1 — As decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante, nos termos da presente lei.

2 — Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.

Artigo 14.º

Extinção da procuração

1 — A procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante.

2 — A procuração de cuidados de saúde extingue-se por renúncia do procurador, que deve informar, por escrito, o outorgante.

CAPÍTULO IV

Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV)

Artigo 15.º

Criação do Registo Nacional de Testamento Vital

1 — É criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde.

2 — O tratamento dos dados pessoais contidos no RENTEV processa-se de acordo com o disposto na legislação que regula a proteção de dados pessoais.

3 — A organização e funcionamento do RENTEV são regulamentados pelo Governo.

4 — Compete ao Governo atribuir ao RENTEV os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários ao seu funcionamento.

Artigo 16.º

Registo de testamento vital/procuração no RENTEV

1 — O registo no RENTEV tem valor meramente declarativo, sendo as diretivas antecipadas de vontade ou procuração de cuidados de saúde nele não inscritas igualmente eficazes, desde que tenham sido formalizadas de acordo com o disposto na presente lei, designadamente no que concerne à expressão clara e inequívoca da vontade do outorgante.

2 — Para proceder ao registo das diretivas antecipadas de vontade e ou procuração dos cuidados de saúde, o outorgante pode apresentar presencialmente o respetivo

documento no RENTEV, ou enviá-lo por correio registado, devendo, neste caso, a assinatura do outorgante ser reconhecida.

3 — O RENTEV informa por escrito o outorgante e, caso exista, o seu procurador, da conclusão do processo de registo do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração, enviando a cópia respetiva.

Artigo 17.º

Consulta do RENTEV

1 — O médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autónoma a sua vontade, assegura da existência de documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde registados no RENTEV.

2 — Caso se verifique a sua existência, o documento de diretivas antecipadas de vontade, e ou procuração de cuidados de saúde, são anexados ao processo clínico do outorgante.

3 — O outorgante do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde, ou o seu procurador, podem solicitar ao RENTEV, a qualquer momento, a consulta ou a entrega de cópia da DAV do outorgante.

Artigo 18.º

Confidencialidade

1 — Todos aqueles que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde ficam obrigados a observar sigilo profissional, mesmo após o termo das respetivas funções.

2 — A violação do dever a que se refere o número anterior constitui ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei.

CAPÍTULO V

Disposições finais

Artigo 19.º

Regulamentação

O Governo regulamenta a presente lei no prazo de 180 dias a partir da entrada em vigor.

Artigo 20.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Aprovada em 1 de junho de 2012.

A Presidente da Assembleia da República, *Maria da Assunção A. Esteves*.

Promulgada em 5 de julho de 2012.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 6 de julho de 2012.

O Primeiro-Ministro, *Pedro Passos Coelho*.

ANEXO B - Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes



RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012

[\(Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70\)](#)

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,

RESOLVE:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 9 de agosto de 2012

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral



EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/12

A Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina, considerando, por um lado, que o tema diretivas antecipadas de vontade situa-se no âmbito da autonomia do paciente e, por outro, que este conceito não foi inserido no Código de Ética Médica brasileiro recentemente aprovado, entendeu por oportuno, neste momento, encaminhar ao Conselho Federal de Medicina as justificativas de elaboração e a sugestão redacional de uma resolução regulamentando o assunto.

Esta versão contém as sugestões colhidas durante o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina de 2012.

JUSTIFICATIVAS

1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida

Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D'Amico *et al*, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las.

2) Receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade

Pesquisas internacionais apontam que aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este se encontra incapaz para participar da decisão (Simón-Lorda, 2008; Marco e Shears, 2006).

No Brasil, estudo realizado no Estado de Santa Catarina, mostra este índice não difere muito. Uma pesquisa entre médicos, advogados e estudantes apontou que 61% levariam em consideração as vontades antecipadas do paciente, mesmo tendo a ortotanásia como opção (Piccini *et al*, 2011). Outra pesquisa, também recente (Stolz *et al*, 2011), apontou que, em uma escala de 0 a 10, o respeito às vontades antecipadas do paciente atingiu média 8,26 (moda 10). Tais resultados, embora bastante limitados do ponto de vista da amostra, sinalizam para a ampla aceitação das vontades antecipadas do paciente por parte dos médicos brasileiros.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

3) Receptividade dos pacientes

Não foram encontrados trabalhos disponíveis sobre a aceitação dos pacientes quanto às diretivas antecipadas de vontade em nosso país. No entanto, muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida, bem como a elaboração de documento sobre diretivas antecipadas (in: Marco e Shears, 2006).

4) O que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal

Diz o artigo 34 do Código de Ética Médica italiano: “Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso” (O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo – *traduzimos*). Desta forma, o código italiano introduziu aos médicos o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes.

Diz o artigo 27 do Código de Ética Médica espanhol: “[...] Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables”. Portanto, da mesma forma que o italiano, o código espanhol introduz, de maneira simples e objetiva, as diretivas antecipadas de vontade no contexto da ética médica.

O recente Código de Ética Médica português diz em seu artigo 46: “4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer”. No parágrafo seguinte diz que o médico poderá investigar estas vontades por meio de representantes e familiares.

Deste modo, os três códigos inseriram, de forma simplificada, o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais.

5) Comitês de Bioética

Por diversos motivos relacionados a conflitos morais ou pela falta do representante ou de conhecimento sobre as diretivas antecipadas do paciente, o médico pode apelar ao Comitê de Bioética da instituição, segundo previsto por Beauchamps e Childress (2002, p. 275). Os Comitês de Bioética podem ser envolvidos, sem caráter deliberativo, em muitas



decisões de fim de vida (Marco e Shears, 2006; Savulescu; 2006; Salomon; 2006; Berlando; 2008; Pantilat e Isaac; 2008; D'Amico; 2009; Dunn, 2009; Luce e White, 2009; Rondeau *et al*, 2009; Siegel; 2009). No entanto, embora possa constar de maneira genérica esta possibilidade, os Comitês de Bioética são raríssimos em nosso país. Porém, grandes hospitais possuem este órgão e este aspecto precisa ser contemplado na resolução.

Carlos Vital Tavares Corrêa Lima

Relator

ANEXO C – Modelo português de diretiva antecipada de vontade (DAV)

TESTAMENTO VITAL

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE (DAV)

Ao abrigo e para os efeitos previstos na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, o presente documento traduz a minha manifestação antecipada da vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que desejo receber, ou que não desejo receber, no caso de, por qualquer razão, me encontrar incapaz de expressar a minha vontade pessoal e autonomamente.

Este documento, que subscrevo sendo maior de idade e capaz e não me encontrando interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, é por mim unilateral e livremente revogável a qualquer momento.

IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE

Nome Doc. Identificação N.º Val. Nacionalidade / Naturalidade N.º Utente Data de nascimento Morada C. Postal País Tel. Correio eletrónico ☐ Pretendo nomear meu Procurador de Cuidados de Saúde Nome Doc. Identificação N.º Val. Nacionalidade / Naturalidade N.º Utente Data de nascimento Morada C. Postal País Tel.

☐ Pretendo nomear meu Procurador de Cuidados de Saúde suplente _____

Nome

Doc. Identificação

Nº

Val.

Nacionalidade / Naturalidade

Nº Utente

Data de nascimento

Morada

C. Postal

País

Tel.

Correio eletrónico

SITUAÇÃO CLÍNICA EM QUE A DAV PRODUZEFEITOS

Quando me encontrar incapaz para expressar a minha vontade autonomamente, em consequência do meu estado de saúde física e/ou mental, e se verificarem uma ou mais das seguintes hipóteses:

(assinalar com um X as hipóteses aplicáveis)

- ☐ Me ter sido diagnosticada doença incurável em fase terminal
- ☐ Não existirem expectativas de recuperação na avaliação clínica feita pelos membros da equipa médica responsável pelos cuidados, de acordo com o estado da arte
- ☐ Inconsciência por doença neurológica ou psiquiátrica irreversível, complicada por intercorrência respiratória, renal ou cardíaca
- ☐ Outras:

CUIDADOS DE SAÚDE A RECEBER/NÃO RECEBER

Assim, manifesto a minha vontade clara e inequívoca de:

(assinalar com um X as hipóteses aplicáveis)

- ☐ Não ser submetido a reanimação cardiorrespiratória

- ☐ Não ser submetido a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais
- ☐ Não ser submetido a medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte
- ☐ Participar em estudos de fase experimental, investigação científica ou ensaios clínicos
- ☐ Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental
- ☐ Recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos
- ☐ Interromper tratamentos que se encontrem em fase experimental ou a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos, para os quais tenha dado prévio consentimento
- ☐ Não autorizar administração de sangue ou derivados
- ☐ Receber medidas paliativas, hidratação oral mínima ou subcutânea
- ☐ Serem administrados os fármacos necessários para controlar, com efetividade, dores e outros sintomas que possam causar-me padecimento, angústia ou malestar
- ☐ Receber assistência religiosa quando se decida interromper meios artificiais de vida (crença:_____)
- ☐ Ter junto de mim, por tempo adequado e quando se decida interromper meios artificiais de vida, a pessoa que aqui designo: _____(nome), _____(contacto).
- ☐ Outras: _____
- ☐ Outras considerações pessoais ou eventuais motivações das minhas decisões.

VALIDADE

1. Esta declaração é eficaz durante 5 anos a contar da data da sua assinatura, podendo ser renovada nos termos da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.
2. Caso seja solicitado o registo no RENTEU, o mesmo só produz efeitos após receção pelo outorgante da informação de conclusão do processo.

OUTORGANTELocal Data Hora h mAssinatura conforme
doc. de identificação civil**MÉDICO (opcional)**

Declaro que prestei as explicações que me foram solicitadas pelo Outorgante relativas a este documento e ao seu estado de saúde.

Nome Cédula Assinatura conforme
doc. de identificação civil**NOTÁRIO / FUNCIONÁRIO DO RENTEV**

(perante o qual a DAV foi assinada)

Nome Id. Civil Assinatura conforme
doc. de identificação civil

(é favor carimbar/selar)

NOTAS

1. Antes de subscrever este documento, recomenda-se que debata previamente o assunto com um profissional de saúde da sua confiança, ou com a equipa de saúde que o cuida.
2. Pode optar pela subscrição da Declaração Antecipada de Vontade, pela designação de um procurador de cuidados de saúde, ou por ambos.

ANEXO D – Modelo francês de diretivas antecipadas concernentes a situações de fim de vida

PRÉAMBULE

Ce formulaire de directives anticipées traduit le travail de long terme que la HAS conduit sur l'accompagnement des personnes en fin de vie, aussi bien par des recommandations de bonne pratique que par les priorités retenues pour la certification des établissements de santé.

Ce document est issu d'une réflexion partagée avec des professionnels de santé et des représentants de patients, puis d'un temps d'évaluation en établissement ou à domicile.

Si les directives anticipées imposent un certain formalisme, cela ne signifie pas pour autant, pour ce document, qu'elles doivent prendre la forme d'un questionnaire fermé, avec des cases à cocher. La rédaction des directives anticipées – et leur reformulation toujours possible – gagne à être nourrie d'un dialogue avec le médecin, et si la personne le souhaite ou l'accepte, avec la famille ou les proches. Des entretiens successifs sont l'occasion de donner des informations de plus en plus précises, notamment sur la maladie et son évolution, les traitements possibles et ce qui peut advenir en cas de non réponse ou d'effets secondaires. Ces échanges peuvent aussi permettre à la personne qui le souhaiterait l'expression de ses valeurs et de sa conception de l'existence.

Ce document distingue clairement les volontés de la personne concernant les actes et l'accompagnement qui auront lieu « de son vivant », et ses volontés concernant les événements qui auront lieu « après sa mort » – tels que, par exemple, les éventuels prélèvements d'organes, les obsèques, ou l'accompagnement, par les soignants, de la famille de la personne après le décès.

Modèle de formulaire de directives anticipées : mes volontés rédigées à l'avance, concernant les traitements et les actes médicaux

Vous pouvez écrire ce qui vous semble personnellement important et/ou vous aider des formulations proposées. Vous n'êtes, évidemment, nullement obligé(e) d'anticiper précisément toutes les situations qui vous sont proposées (quelques exemples sont proposés en annexe).

Demandez à votre médecin de vous expliquer ce qui pourrait vous arriver, les traitements possibles, leurs efficacités et leurs risques.

Si le document n'offre pas assez d'espace, vous pouvez joindre d'autres pages.

Vous pouvez accompagner votre document de la désignation de votre personne de confiance si vous ne l'avez pas déjà désignée.

Nom et prénoms : _____

Né(e) le : _____ **à :** _____

Domicilié(e) à : _____

Je fais l'objet d'une mesure de tutelle¹, je peux rédiger mes directives anticipées avec l'autorisation :

- du juge : oui ☐ non ☐
- du conseil de famille : oui ☐ non ☐

1. Au sens du Chapitre II du titre XI du livre I^{er} du Code civil.

Contexte

J'ai rédigé les présentes directives anticipées **pour le cas où je ne serais plus en mesure d'exprimer mes souhaits et ma volonté** sur ce qui est important à mes yeux, après un accident, du fait d'une maladie grave ou au moment de la fin de ma vie.

Je souhaite exprimer ici :

- mes convictions personnelles : ce qui est important pour moi, pour ma vie, ce qui a de la valeur pour moi (par exemple, convictions religieuses...) ;
- ce que je redoute plus que tout (souffrance, rejet, solitude, handicap...).

Je souhaite préciser ce qu'il me paraît important de faire connaître concernant ma situation actuelle (mon histoire médicale personnelle, mon état de santé actuel, ma situation familiale et sociale...) :

Je suis une personne ayant une maladie grave ou en fin de vie

Mes directives concernant les décisions médicales :

■ Je veux m'exprimer :

- à propos des situations dans lesquelles je veux ou je ne veux pas que l'on continue à me maintenir artificiellement en vie (par exemple, état d'inconscience prolongé entraînant une perte de communication définitive avec les proches...) ;
- à propos des traitements destinés à me maintenir artificiellement en vie.

Voici les limites que je veux fixer pour les actes médicaux et les traitements, s'ils n'ont d'autre but que de prolonger ma vie artificiellement, sans récupération possible :

- concernant la mise en œuvre d'une réanimation cardiorespiratoire en cas d'arrêt cardiaque et/ou respiratoire :

- concernant les traitements dont le seul effet est de prolonger ma vie dans les conditions que je ne souhaiterais pas (par exemple tube pour respirer, ou assistance respiratoire, dialyse chronique, interventions médicales ou chirurgicales...) :

- concernant une alimentation ou une hydratation par voies artificielles pouvant prolonger ma vie, par exemple en cas d'état végétatif chronique (simple maintien d'un fonctionnement autonome de la respiration et de la circulation) :

Je souhaite évoquer d'autres situations (comme par exemple la poursuite ou l'arrêt de traitements ou d'actes pour ma maladie) :

J'ai d'autres souhaits (avant et/ou après ma mort) (par exemple, accompagnement de ma famille, lieu où je souhaite finir ma vie, don d'organes²...) sachant que **les soins de confort me seront toujours administrés** :

Fait à : _____ **le :** _____

Signature

Directives anticipées modifiées le : _____

2. Le prélèvement d'organes est présumé chez toute personne dont l'équipe médicale juge qu'il est possible, sauf si elle le refuse : dans ce cas, elle peut s'inscrire sur le Registre national des refus de dons d'organes à l'aide d'un formulaire (www.dondorganes.fr/medias/pdf/formulaire_registre_refusvf.pdf), ou l'écrire sur un document (daté et signé avec nom, prénom, date et lieu de naissance) confié à un proche.

Je suis une personne n'ayant pas de maladie grave

Après un accident grave ou un événement aigu (accident vasculaire cérébral, infarctus...), je peux me trouver dans une situation où l'on peut me maintenir artificiellement en vie. Ces procédés de suppléance des fonctions vitales peuvent être mis en œuvre de façon pertinente, mais leur maintien peut parfois apparaître déraisonnable.

Mes directives concernant les décisions médicales :

■ Je veux m'exprimer

- à propos des situations dans lesquelles je veux ou je ne veux pas que l'on continue à me maintenir artificiellement en vie (par exemple traumatisme crânien, accident vasculaire cérébral, etc.... entraînant un « état de coma prolongé » jugé irréversible) ;
- à propos des traitements qui n'ont d'autre but que de me maintenir artificiellement en vie, sans possibilité de récupération (par exemple, assistance respiratoire et/ou tube pour respirer, et/ou perfusion ou tuyau dans l'estomac pour s'alimenter...) ;
- à propos de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitements ou d'actes médicaux :

J'ai d'autres souhaits (avant et/ou après ma mort) (par exemple, accompagnement de ma famille, lieu où je souhaite finir ma vie, don d'organes³...) sachant que **les soins de confort me seront toujours administrés** :

Fait à : _____ le : _____

Signature

Directives anticipées modifiées le : _____

3. Le prélèvement d'organes est présumé chez toute personne dont l'équipe médicale juge qu'il est possible, sauf si elle le refuse : dans ce cas, elle peut s'inscrire sur le Registre national des refus de dons d'organes à l'aide d'un formulaire (www.dondorganes.fr/medias/pdf/formulaire_registre_refusvf.pdf), ou l'écrire sur un document (daté et signé avec nom, prénom, date et lieu de naissance) confié à un proche.

Localisation de mes directives anticipées

Formulaire des directives anticipées

■ **Conservé sur moi ou chez moi :** oui ☐ non ☐

- si oui, à l'adresse actuelle : _____
- à tel endroit : _____

■ **Remis à :**

- ma personne de confiance : _____
- autre(s) personne(s) (cf tableau ci dessous) :

NOM	Prénom	Qualité (médecin, famille, amis...)	Adresse	Téléphone

Nom et coordonnées de ma personne de confiance

(au sens de l'article L1111-6 du Code de santé publique)

Je soussigné(e) nom, prénoms, date et lieu de naissance

nomme la personne de confiance suivante

Nom, prénoms : _____

Adresse : _____

Téléphone privé : _____ professionnel : _____ portable : _____

E-mail : _____

→ Je lui ai fait part de mes directives anticipées ou de mes volontés si un jour je ne suis plus en état de m'exprimer : oui ☐ non ☐

→ Elle possède un exemplaire de mes directives anticipées : oui ☐ non ☐

Fait à : _____ le : _____

Signature

Signature de la personne de confiance

CAS PARTICULIER

Si vous êtes dans l'impossibilité physique d'écrire seul(e) vos directives anticipées

Quelqu'un peut le faire pour vous devant deux personnes désignées ci-dessous (dont votre personne de confiance si vous l'avez désignée).

Témoin 1 : *Je soussigné(e)*

Nom et prénoms : _____

Qualité : _____

atteste que les directives anticipées décrites ci-avant sont bien l'expression de la volonté libre et éclairée de M ou Mme _____

Fait à : _____ le : _____

Signature

Témoin 2 : *Je soussigné(e)*

Nom et prénoms : _____

Qualité : _____

atteste que les directives anticipées décrites ci-avant sont bien l'expression de la volonté libre et éclairée de M ou Mme _____

Fait à : _____ le : _____

Signature

MODIFICATION OU ANNULATION DE MES DIRECTIVES ANTICIPÉES

Je soussigné(e)

Nom et prénoms _____

→ *Déclare modifier mes directives anticipées de ce formulaire comme suit :*

→ *Déclare annuler mes directives anticipées.*

→ *Déclare renoncer à mes directives anticipées et déléguer à ma personne de confiance l'expression de mes souhaits et volontés.*

Si vous êtes dans l'impossibilité d'écrire seul(e) ce document, quelqu'un peut le faire pour vous devant deux personnes désignées décrites à la page précédente (dont votre personne de confiance si vous l'avez désignée).

Fait à : _____ le : _____

Signature



www.has-sante.fr

5 avenue du Stade de France 93218 Saint-Denis La Plaine CEDEX

Tél. : +33(0)1 55 93 70 00 - Fax : +33(0)1 55 93 74 00